Opp. jurid. 5m

Abhandlungen

über

verschiedene Gegenstände

des natürlichen und positiven Rechts

von

Aug. Friedrich von Batz,

Königlich Würtembergischem Staatsrath
und erstem Beysizer des Oberappellations-Tribunals,
Commandeur des K. Civilverdienstordens.

Tübingen, 1816.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

Diese Abhandlungen sind die Frucht von Stunden der Muße mehrerer Jahre. Die Hauptideen, insonderheit zu den naturrechtlichen, hatte ich schon als Lehrer an der vormaligen Karls-Hohenschule zu Stuttgart; seitdem hat weiteres Nachdenken sie in mir

zur Wahrheit erhoben. Diese war allein der Zwek meiner Arbeit, die ich öfters und mit Mißtrauen prüfte. Sollte der sachkundige Leser sie darin finden, und ihr darum einigen Werth beylegen; so ist meine Absicht erreicht. Sein Urtheil kann dem Wahrheitsfreunde nie gleichgültig seyn.

Tübingen im Februar 1816.

Inhalts=Verzeichniß.

I. Von dem unterscheidenden Charakter zwischen Naturrecht und Moral S. 1—10.

II. Von affirmativen und negativen Rechtspflichten S. 10—24.

III. Entwiklung des Rechtsbegriffs S. 25—48.

a) Feuerbachs System. Prüfung desselben.

b) Kantisches System nach den Rechtsformeln des Ulpian.

IV. Vom natürlichen und rechtlichen Zustand S. 49—53.

V. Von der Wichtigkeit des Naturrechts S. 54—60.

VI. Ueber Recht und Billigkeit S. 61—68.

VII. Die Erwerbung einer Sache durch Besiz (usucapio) ist naturrechtlich S. 69—86.

VIII. Ist die Beerbung durch Testamente und Erbverträge naturrechtlich? S. 87—108.

IX. Die sogenannte vermuthete Einwilligung (consensus praesumtus) gehört in das Naturrecht S. 109—116.

X. Warum sind Verträge verbindlich? S. 117—130.

XI. Verschiedenheit des Rechts und des Gerichtsbrauchs bey der Restitution der Volljährigen S. 131—146.

XII. Von Verzugszinsen, worauf der Richter nicht gesprochen hat S. 147—159.

XIII. Ueber gerichtliche Eideszuschiebung wegen unerlaubter Handlungen des Testamentserben gegen den Testirer S. 160—189.
XIV. Ueber enorme Verlezung nach dem Gesez und der Praxis S. 190—205.
XV. Transaktion und enorme Läsion sind unvereinbare Begriffe S. 206—213.
XVI. Sind Gewalt, Zwang und Furcht, nach der Theorie, dem Dolus und Irrthum bey Rechtsgeschäften gleich zu achten? S. 214—221.
XVII. Ist die Compensation eines rechtlich vermutheten Ehebruchs mit einem wahren zuläßig? S. 222—231.
XVIII. Retrakt und Losung sind verschiedene Begriffe S. 232—241.
XIX. Von der Natur elterlicher Vermögens-Theilungen, sowohl überhaupt, als nach positivem Recht. S. 242—254.
XX. Ueber den Grund der Rechtskraft der Urtheile, mit Anwendung auf Adhäsion der Appellation S. 255—273.
XXI. Erkläruug einiger bestrittener Gesezstellen über die Lehensfolge S. 274—295.

I.

Unterscheidender Charakter
zwischen
Naturrecht und Moral.

§. 1.

Das Naturrecht, Recht der Vernunft, ist die Wissenschaft von der moralisch nothwendigen gegenseitigen Behandlung der Menschen, oder das System ihrer wechselseitigen Forderungen nach dem Gesez der Vernunft.

§. 2.

Diese Nothwendigkeit als Ausschließung der Willkühr in der Behandlung von Seinesgleichen entspringt aus dem Gesez der Vernunft, welches unbedingt gebietet, die Menschen zu achten [1]), das heißt, sie als vernünftige und gleichartige Wesen anzuerkennen. Alle dahin zielende Handlungen und Unterlassungen sind unter der äußeren Achtung begriffen, welche die Menschen sich und andern schuldig sind, und worauf sie ein gleiches Recht haben.

1) Nam similibus natura *idem jus* esse necessarium est, et *eandem dignitatem* secundum naturam. Aristotelis Politic. L. 3. c. 16.

§. 3.

Die Menschheit als vernünftige Gemeinheit unterwirft ihre Glieder sammt und sonders diesem Gesez [1]). Durch Verstand lernt der Einzelne theils seine innige Verbindung mit ihr als einem Ganzen, theils seine Persönlichkeit kennen. Vernünftiger Wille, und tägliches Gefühl der Bedürfnisse, die der Mensch durch sich allein nicht befriedigen kann, nöthigen ihn, jenes Gesez zu befolgen [2]); aber hiezu kommt noch das mächtige Motiv der Erfahrung: daß die Menschheit an dessen Uebertretern sich rächt, und im äußersten Fall sich ihrer als der gefährlichsten Feinde erwehrt.

1) Quibus autem lex et jus communia sunt, et civitatis ejusdem habendi sunt — ut jam universus hic mundus una *civitas communis* hominum existimanda. ibid. et p. 14. Unicuique homini jus quoddam esse videtur erga unumquemque, qui cum ipso legis ac foederis particeps esse potest. Arist. de Morib. c. 13.

2) Qui autem in *communi societate* nequit esse, quive *nullius indiget propter sufficientiam*, nulla pars est civitatis, quare aut bestia aut Deus. Aristot. Politic. L. 1. c. 2. in fin.

§. 4.

Alle Pflichten aus dem Gesez der Achtung, oder der Anerkennung und Behandlung der menschlichen als vernünftigen Natur, sind unbedingte, allgemeine, objektive, unerläßliche, von jedem Menschen erkennbare, mit einem Wort Rechts-

pflichten. Diese vindicirt sich das Naturrecht ausschließend [1]).

1) Est enim *unum jus*, quo devincta est hominum societas, et quod lex constituit una, quae lex est ratio imperandi atque prohibendi. Cic. de Legib. p. 21.

§. 5.

Zwar sind die Pflichten der Moral (Ethik) oder die sogenannte Tugend= Liebes= und Gewissens=Pflichten auch nothwendige Handlungen eines vernünftigen Willens, wie die Rechtspflichten; denn beyde fließen aus demselben Gesez der Achtung für sittliche Natur. Allein jene werden weder der Menschheit geleistet, noch kann jedes Glied derselben oder das Individuum sie fordern; sie sezen immer ein besonderes sittliches Verhältniß einzelner Menschen oder Personen voraus, das sie erzeugt. Daher sind sie blos subjektiv und allein von dem Pflichtträger erkennbar. Nur er kann über ihre Erfüllung entscheiden. Bey ihrer Unterlassung handelt derselbe unsittlich, unrecht, aber nicht ungerecht. Er ist sie nur seiner Person und deren Vervollkommnung schuldig, und er erkennt und fühlt sie in der Regel allein. Gesezt aber auch, ein anderer könnte sich in dessen Stelle versezen, und glaubte die Pflicht, z. B. ihm von seinem Ueberfluß mitzutheilen, zu wissen; so könnte er doch weder sein Urtheil jenem aufdringen, noch ein Recht auf deren Erfüllung ansprechen. Eine Nöthigung

dazu wäre Verlezung der Seinesgleichen schuldigen Achtung, oder der Anerkennung und Behandlung desselben als Selbstzweks.

§. 6.

Hieraus folgt, daß die Moral oder Ethik als abgesondert vom Naturrecht betrachtet, sich bloß mit bedingten Pflichten und mit Vorschriften der subjektiven Vernunft zur Vervollkommnung des Handelnden beschäftige. Diese erfolgt durch das Fortschreiten in eigener moralischer Cultur, und erweist sich hauptsächlich in Pflichten der Liebe und des Wohlwollens. Doch bleiben diese in Beziehung auf andere immer willkührliche Handlungen, und werden nur Pflichten durch die Nöthigung des individuellen Willens aus subjektiven Vernunftgründen. Sie beruhen auf reiner Autonomie, und über sie kann ausser dem Pflichtträger und seinem Gewissen niemand gültig absprechen.

§. 7.

So wie der Mensch zur Achtung von Seinesgleichen schlechthin verpflichtet ist, und seiner Seits auf dieselbe Achtung von andern ein unbedingtes Recht hat; so steht ihm als Individuum und Person das Recht zu, sich und seine Persönlichkeit, gegen jede Beeinträchtigung durch andere, zu schüzen und zu behaupten, worunter auch der Fall gehört, wenn seine subjective Pflicht als objektive in An-

spruch genommen, und darauf ein Recht gegründet werden will [1]).

1) Justitia est habitus animi, communi utilitate servata, suam cuique tribuens dignitatem. Cic. Lib. 2. de invent.

§. 8.

Die Menschen- oder Rechtspflichten heißen vollkommene, weil sie zu ihrem Daseyn nichts als der äußerlich vollkommenen d. i. entwikelten menschlichen Natur, und zu ihrer Erkennbarkeit bloß des gemeinen und objektiven Verstandes bedürfen. Da sie in ihrer Leistung keine Grade, kein Mehr und Weniger zulassen, so sind sie durchaus bestimmt, und eigentlich vollkommen.

§. 9.

Eben so richtig werden die moralische oder Gewissens-Pflichten unvollkommene genannt, theils, weil sie von Umständen abhängig, und durch diese bedingt sind, theils, weil sie sich auf subjektive Moralität gründen, welche nur nach Vollkommenheit strebt, aber nie vollkommen oder ganz pflichtmäßig handelt. Sie heißen auch innere; denn sie beziehen sich auf den innern Menschen, gehen von sich selbst und von eigener Vervollkommnung aus, selbst wenn sie anderen geleistet werden, und erkennen kein äußeres Forum.

§. 10.

Man sezt sie den äußeren Pflichten entgegen, welche sich auf andere Personen beziehen, die dem

Handelnden gegenüberstehen, und ausser ihm sind. Sie sind zu Erhaltung und Behauptung der physischen und sittlichen Natur der Menschen durch die ihnen gemeinschaftliche Vernunft unwiderruflich geboten, und daher von jedem erkennbar [1]), von jedem zu fordern, auch allenfalls zu erzwingen. Sie gehen nicht von sich oder dem Einzelnen, sondern von der Menschheit als Gemeinheit aus, deren Recht sie in ihren Gliedern [2]) oder Brüdern heiligen, und als solche sind sie Pflichten des natürlichen Rechts.

1) Est enim quoddam, quod augurantur omnes, *natura commune justum et injustum.* ARISTOT. Rhetor. L. 1. c. 13. princ.

2) Cicero sagt von den Platonikern L. 1. *Academ. quaest.* p. 9. hominem esse censentes quasi *partem* quandam *civitatis* et *universi generis humani*, eumque esse conjunctum cum hominibus humana quadam societate.

Aristoteles geht noch weiter L. 1. Politic. c. 2. Certe secundum naturam prius est civitas, quam domus et quam singuli nostrûm. Nam *totum* prius esse quam *partem* necessarium est. — Si enim non est sufficiens unusquisque separatus, perinde se habet ac reliquae partes ad totum. — Justitia vero civile quiddam est. ARISTOT. Eudem. L. VII. c. 10. Damit stimmt auch das göttliche Recht überein 1 Buch Mos. K. 9. v. 5.: ich will des Menschen Leben rächen an einem jeglichen Menschen, als der sein Bruder ist.

§. 11.

Die Rechtspflichten zerfallen in zwey Klassen: 1) in affirmative (eigentlich praktische), 2) negative (Unterlassungspflichten). Durch diese Eintheilung erscheine ich als Abtrünniger selbst von den neuesten Naturrechtslehrern. Besteht meine Theorie, so erhält das Naturrecht eine neue Gestalt; es wird, was es vielleicht bisher nicht war, systematisch, und für die positive Gesezgebung und Rechtswissenschaft eigentlich brauchbar. Hält sie aber die Prüfung, der ich sie viele Jahre hindurch unterwarf, von kompetenten Richtern nicht aus; so können doch dadurch neue Ideen gewekt, die meinigen berichtigt, und wenn lezteres geschehen soll, diejenige Lüken auf eine andere bündige Art ausgefüllt werden, die ich so lange im Naturrecht finde, als es auf die trokene und sterile Lehre von negativen Pflichten beschränkt wird.

Nachdem man einmal Naturrecht von Moral getrennt, daraus eine eigene Wissenschaft gemacht, und die Gränzlinie beyder Doktrinen nach negativen Pflichten, die man allein für Rechtspflichten hielt, und nach Gewissens- oder Tugendpflichten gezogen hat; so mußte dieß System mangelhaft seyn [1]. Wurden nemlich, was ich zu zeigen suchen werde, dem Naturrecht Pflichten entzogen, die in dasselbe gehörten, so war es unrichtig begränzt, und mußte in demselben Verhältniß unvollständig seyn, als die Moral zu reichhaltig war, in die man Pflichten

verwies, welche nach dem Prinzip der Allgemeinheit, oder der dem Menschen von allen schuldigen Pflicht, offenbar außer ihrem Gebiet lagen.

1) Mehrere, besonders aber der verdienstvolle Professor Hufeland, glaubten daher, daß das Naturrecht keine Pflichten, sondern nur Rechte enthalte, sich also von der Moral durch den Gegenstand unterscheide. Dieser Meinung kann ich aber um so weniger beystimmen, da das Recht ohne Pflicht weder begriffen noch begründet wird.

§. 12.

Diese unrichtige Scheidung rührte vermuthlich daher, daß man von der als wahr angenommenen Idee ausgieng: keine Pflicht des Naturrechts (Vertrags = Pflichten ausgenommen) könne im Thun, sondern nur im Nichtthun, und in der Nichtstörung der sittlich = erlaubten oder rechtlichen Thätigkeit anderer bestehen. Dieß und nichts weiter sey der Mensch von Natur seinen Mitmenschen schuldig, und nur dazu könne er von diesen genöthiget werden. Keiner aber könne von Seinesgleichen jemals verlangen, ihm beyzustehen, und seine Thätigkeit in irgend einem Fall für ihn zu verwenden, er habe sich denn dieses von andern durch ein gültiges Versprechen bedungen. Rechtspflichten seyen also mit negativen und vollkommenen Zwangspflichten ganz einerley, und diese nur Gegenstand des Naturrechts. Alle übrige im Thun und Hilfleistung bestehende Pflichten wären unvollkom-

men, jeden äußeren Zwang ausschließend, folglich rein moralische, welche in die Ethik gehörten.

§. 13.

Wenn dies Fundament der bisherigen Pflichten-Scheidung fest steht, so verschwindet meine Lehre von affirmativen Rechtspflichten in ihrer Geburt; im entgegengesezten Fall aber muß das Naturrecht sich an Materie, Form und Methode verändern.

§. 14.

So unwidersprechlich alle negative Pflichten Rechtspflichten sind; so zweifelhaft schien es mir schon vor 30 Jahren, da ich das Naturrecht vortrug, ob dieser Saz richtig bleibe, wenn er umgekehrt wird, und so erzeugte sich schon damals wegen mancher Einwürfe, die ich nicht beantworten konnte, in mir die Idee, welche ich inzwischen verfolgte, und nun für wahr halte; daß es nemlich mancherley Zustände der menschlichen Natur giebt, wo es allgemeine, folglich Rechtspflicht ist, zum Besten seines Mitmenschen thätig zu seyn, wo deren Erfüllung nicht Akt des bloßen Wohlwollens, sondern Schuldigkeit ist, wo also objektive, allgemeine Pflichten vorhanden sind, die in's Naturrecht gehören [1]). Dieß gab mir die Ueberzeugung, daß zwischen dieser Wissenschaft und der Moral eine andere, und zwar eine solche Gränzlinie zu ziehen sey, wozu einzig und allein die Allgemeinheit

der aus dem Prinzip der äußern Achtung des Menschen erkennbaren Pflicht die Richtschnur ist.

1) Zufällig finde ich diese wiewohl nicht konsequent ausgeführte Idee schon bey *H. Ern.* KAESTNER de officiis humanitatis obligatoriis. Rint. 1713.

§. 15.

Wenn es allgemeine affirmative Pflichten giebt, so müssen sie Pflichten der Gerechtigkeit oder Rechtspflichten seyn, weil sie, wie die negativen, aus demselben Gesez entspringen, und die äußere Seinesgleichen schuldige Achtung durch Leistung des zu seiner Erhaltung nöthigen Beystands ausdrüken.

II.

Von affirmativen und negativen Rechtspflichten.

§. 16.

Affirmative Pflichten hat der Mensch gegen jeden, der seine Menschheit nicht durch sich selbst erhalten, oder sein Daseyn nicht durch eigene Wirksamkeit fortsezen kann. Sie fließen aus dem unbedingten Gebot der Achtung gegen gleichartige Wesen, die entweder noch keine Selbstständigkeit haben, oder durch Unglük aufhörten, selbstständig zu seyn. Sie sind dem hülflosen Kind, wie dem unmächtigen Greis, zu leisten; sie treten bey der noch unentwikelten, wie bey der entwikelten, aber in ihrer Thätigkeit ge-

lähmten menschlichen Natur ein, und sofern sie früher sind, und in der würdigsten Thätigkeitsäusserung bestehen, gehen sie selbst den negativen [1]) als bloßen Unterlassungspflichten voraus.

1) Aristoteles sieht diese nur als der Gerechtigkeit ähnliche Handlungen an — — ita et iis, a quibus mali nihil ſuscepimus, *justo ſimile* est, non nocere. Rhet. ad Alex. c. 2.

Seneca sagt epist. 7. — — Natura nos cognatos edidit — — Haec amorem nobis indidit mutuum et ſociabiles fecit; illa aequum justumque composuit, ex illius constitutione miserius est nocere quam laedi; ex *illius imperio paratae ſunt ad juvandum manus.*

§. 17.

Dies scheint auch schon die unstreitig allgemeine Pflicht der Selbsterhaltung zu fordern. Diese ist der Mensch sich als Selbstzwek (Person) schuldig. Seine negative Pflichten gegen andere fliessen aus dem unbeschränkten Gebot der Vernunft, auch andere als Selbstzweke und Personen zu achten, und die auf deren Erhaltung und Vervollkommung sich beziehende Thätigkeit nicht anzutasten. Für denjenigen aber, der seine Persönlichkeit nicht durch sich selbst erhalten kan, und in augenscheinlicher Gefahr schwebt, ist jeder mit seiner Person einzutreten, und ihn als Seinesgleichen zu retten schuldig. Er hat den Hülfsbedürftigen wie sein anderes Selbst zu betrachten, und dessen Menschenrecht durch seinen Beystand zu ehren.

§. 18.

Von Erfüllung der affirmativen Pflichten hängt die Erhaltung und Entwiklung der Menschheit, so wie von Befolgung der negativen die Erhaltung und Entwiklung der Persönlichkeit ab. Beyderley Arten von Pflichten beruhen auf demselben Gesez der Achtung für die menschliche als vernünftige Natur.

§. 19.

Nur unterscheiden sie sich darin, daß durch Erfüllung der affirmativen, die Menschheit in einem hülflosen Glied geachtet, das Menschenrecht freyer Thatkraft in dem derselben Beraubten zu seiner Erhaltung geltend gemacht, und die allgemeine Würde der menschlichen Natur durch Verwendung der Thätigkeit für Seinesgleichen behauptet wird, da hingegen die Erfüllung negativer Pflichten durch ungestörte Persönlichkeit anderer, nur eine mittelbare Anerkennung und Achtung der Menschheit ist.

§. 20.

Sofern der Mensch nie allein existirte, sondern von Seinesgleichen umgeben, und durch das gemeinschaftliche Band vernünftiger Natur mit ihm vereint war [1]), ist es kaum begreiflich, wie man negative Pflichten, wodurch nur das Band nicht aufgelöst und zerrissen, ausschließend für naturrechtliche annehmen, und dagegen Handlungen, wodurch dasselbe eigentlich manifestirt und befesti-

get wird, affirmative Pflichten, vom Naturrecht trennen konnte, ohne daran zu denken, daß die Zerreißung jenes Bandes durch Mißbrauch von Thatkraft volle Selbstständigkeit voraussezt, wozu kein Mensch ohne Beystand von Seinesgleichen, d. i. ohne die ihm geleistete affirmative Pflichten je gelangen kann. Schon logisch geht dem Negativen das Positive, folglich auch der Pflicht, andern nicht zu schaden, und sie in ihrer freyen Wirksamkeit nicht zu stören, die Möglichkeit, ihr natürliches Recht durch eigene Kraft geltend zu machen, voraus; erst, wenn diese vorhanden ist, können und sollen negative Pflichten sich äußern.

1) Nihil est profecto praestabilius quam plane intelligi, nos ad justitiam esse natos, neque opinione sed *natura* constistutum esse jus. Id jam patebit, si hominum inter ipsos *societatem* conjunctionemque perspexeris. Cic. de Leg. c. 10. p. 16.

Homo natura civile est animal, et qui absque civitate est per naturam non per fortunam, aut nequam est, aut potior quam homo. Aristot. Polit. L. I. c. 2.

Civile animal est homo et ad convictum natura aptum. Id. de Morib. L. 9. c. 9.

§. 21.

Affirmative Rechtspflichten hat der Mensch mit Selbstständigkeit, gegen Seinesgleichen ohne dieselbe. Sie hören auf, wo die negative eintreten, wenn nemlich die menschliche Natur in ihren einzelnen Gliedern entwikelt, Personalität und ei-

gene Thatkraft hat. Wer wegen Mangels derselben nicht fortleben kann, steht unter dem durch sittliche Natnr geheiligten Schuz der Menschheit, und hat dadurch ein Recht auf den Beystand seiner Genoßen [1].

1) M. Aurelius Anton. L. 3. de reb. ſuis §. 4. sagt: cognatum esse *rationale* omne, et naturae rationem ab *unoquoque* exigere, ut *hominum quorumvis* curam habeat.

Cicero de Finib. bon. et mal. L. 5. p. m. 157. — nihil est tam illustre, et quod latius pateat, quam *conjunctio inter homines hominum*, et quasi quaedam ſocietas et communicatio utilitatum, et *ipsa caritas* generis humani — — Quae animi affectio *ſuum cuique tribuens*, atque hanc, quam dico *ſocietatem conjunctionis humanae*, munifice et *aeque* tuens, justitia dicitur.

§. 22.

Man nahm bey dem Saz: daß keine affirmative Pflicht in's Naturrecht gehöre, schon als ausgemacht an: daß alle im Thun bestehende Pflichten bedingte und rein ethische seyen. Man sezte schon die Menschen im Zustand der Selbstständigkeit voraus, abstrahirte davon das Naturrecht, und bestimmte darnach ihre gegenseitige äußere Pflichten. Bey dieser Verfahrungsart konnten freylich keine andere Rechte statt finden, als diejenigen, wodurch man seine Persönlichkeit gegen Antastung derselben von Seinesgleichen behauptet. Denn da jene in der ungehinderten Thätigkeit

selbstgewählter andern unschädlicher Zweke besteht, so ist jede fremde Einwirkung ausgeschlossen, folglich mit Erfüllung der negativen Pflichten das natürliche Recht befriediget.

§. 23.

Man vergaß bey Untersuchung der Pflichten der Menschen im Zustand der Selbstständigkeit denjenigen gänzlich, wo die menschliche Natur entweder noch gar nicht entwikelt, oder wenn sie es war, durch Zufall in ihrer Wirksamkeit gehemmt ist. In der Folge entstanden dagegen mancherley Zweifel; man fühlte z. B., daß die Pflicht der Eltern zu Erziehung der Kinder, so wie diese zum Gehorsam während derselben, nicht bloße Liebespflicht sey; man stritt sich über den eigentlichen Grund der Verpflichtung und der elterlichen Gewalt, konnte sich aber doch nicht entschließen, das einmal angenommene System zu verlassen.

§. 24.

Nach meiner Ansicht ist die Pflicht der Kindererziehung eine absolute und allgemeine, folglich Rechtspflicht. Sie liegt zunächst und vorzüglich den Eltern ob, die, außer ihrem Menschenverhältniß, mit dem Kinde noch in einer weit engeren Verbindung stehen, da sie dasselbe durch ihre eheliche Liebe zum Leben riefen, und gleichsam als ihr zweytes Ich ansehen, folglich zu dessen Erziehung von Natur verpflichtet und berechtiget sind [1]). So lange sie dies Erziehungsrecht nicht durch Unglük ver-

lieren, oder aus Unmenschlichkeit aufgeben, und dadurch ihre doppelte Pflicht als Menschen und Eltern verläugnen, sind andere diesem Kinde nichts schuldig, im entgegengesezten Fall aber ist dessen Erziehung Menschenpflicht, welche jedem obliegt, der das hülflose gleichartige Wesen gewahr wird, und es, unbeschadet der menschlichen Natur in seiner eigenen Person, zu erziehen vermag.

1) Liberi, dum parvi sint neque a patre sejuncti, partis instar sunt. Aristot. Eudem. L. IV. c. 4.

§. 25.

Eben so ist es in allen andern Fällen, wo ein Mensch nicht durch eigene Thatkraft sein Daseyn fortsezen, und aus einer Lebensgefahr sich retten kann, allgemeine Pflicht, ihm beyzustehen [1]). Die Erfüllung derselben zu Erhaltung von Seinesgleichen ist die edelste Richtung menschlicher Wirksamkeit, und im Collisionsfall mit Vertragspflichten, wo nemlich beyde nicht erfüllt werden können, geht sie lezteren vor.

1) Ad participandum alium ab alio, communicandumque inter omnes jus, nos *natura* sumus facti — — at omnibus *ratio*, *jus* igitur datum est omnibus, recteque Socrates eum exsecrari solebat, qui primus *utilitatem a natura* sejunxisset. Cic. de Leg. c. 12. p. 17.

§. 26.

Dieser Behauptung steht zwar entgegen, daß die Vertragspflicht auf einem eigenen gegenseitig

geknüpftem Bande beruht, woraus ein bestimmtes Recht auf deren Leistung gegen den Verpflichteten erwächst, indeß die allgemeine Menschenpflicht nicht von einer bestimmten Person, sondern vom Menschen überhaupt, dem Hülflosen zu leisten ist. Allein das Recht des lezteren, und die demselben entsprechende Menschenpflicht sind von gleicher Natur und beyde allgemein; seine Foderung geht an die Menschheit (an alle) und diese, oder alle ihre Genossen sollen ihm helfen. Wer von ihnen einem oder dem andern in dieser Pflicht zuvorkommt, hat eine Schuld der Menschheit getilgt. Bey einem Vertrag aber sind Pflicht und Recht nur zwischen denen vorhanden, die ihn errichteten; Beyde beziehen sich auf individuelle und persönliche Verhältnisse, nur der ist schuldig, der verspricht, nur der kann fordern, der das Versprchen annimmt. Diese besondere Pflicht wird erst neu geschaffen, jene allgemeine Pflicht entspringt mit der selbstständigen menschlichen Natur, und ist der unselbstständigen zu leisten. Ihre Erfüllung bezwekt die Rettung der lezteren und die Erzeugung eines Zustandes, welcher Verträge möglich macht; sie ist nothwendig, unerläßlich und bleibend; die Vertragspflicht hingegen sezt schon jenen Zustand voraus, ist ihm untergeordnet, freywillig übernommen, vorübergehend, erläßlich, und auf Erreichung willkührlicher Zweke gerichtet [1]). Jene ist gleich der negativen Pflicht jedem ohne

Unterschied gegen Seinesgleichen geboten, und ihr entspricht das Recht des Hülflosen auf Beystand von jedem, der seiner Unmacht zuerst gewahr wird.

1) Pacta quidem non efficiunt legem ratam; leges vero rata efficiunt, quae cum lege conveniunt pacta. — Quae sponte aguntur, ex pactis sunt. Aristot. Rhetoric. Lib. 1. c. 15.

§. 27.

Der selbstständige und frey wirksame Mensch erfüllt diese Pflicht gegen sich, wenn er seine Thätigkeit zu Abwendung aller äußern Uebel gebraucht, und dadurch seine Person eigener Vervollkommnung fähig macht. Er erfüllt sie gegen andere, wenn er ihnen von seiner Wirksamkeit denjenigen Beytrag leistet, worauf sie durch ihre gleiche Natur dann ein Recht haben, wenn sie die Pflicht der Selbsterhaltung sich nicht selbst leisten können.

§. 28.

Daraus, daß der selbstständige Mensch diese Pflicht mit andern gemein hat, wird klar, warum sie bey eigener Thatkraft nur auf sich beschränkt ist, und die Behauptung eigener Persönlichkeit gegen fremde Angriffe bezwekt, für andere aber, welche zu ihrer Wirksamkeit gleich berechtiget sind, wider ihren Willen nicht gebraucht werden darf; warum sie endlich erst in dem Moment wirksam wird, wo eigene Kraft zur Selbsterhaltung nicht zureicht.

§. 29.

Uebrigens hat sie mit einer bloß moralischen oder Tugendpflicht nichts als den affirmativen (positiven) Charakter gemein. Denn niemanden wird es einfallen, den als Tugendhelden zu rühmen, der sich eines ausgesezten Kindes annimmt; der im hizigen Fieber dem das Messer entreißt, womit er sich töden will, oder der dem von Kälte erstarrten und auf dem Wege liegenden Wanderer, oder einem in anderer großen Gefahr schwebenden Menschen zu Hülfe eilt. Wohl aber wird man mit Unwillen und Abscheu den Verworfenen nennen, der hier nicht auf irgend eine Art zu helfen gesucht hat, eine Empfindung, die unstreitig daher rührt, weil diese Pflichten schon auf dem natürlichen Gefühl beruhen, die der Mensch früher befolgt als erkennt, und deren Ausübung nur Unmenschlichkeit hindert. Wer wollte eine Handlung der Art, vielleicht die erste und höchste im Reich der Sittlichkeit, für eine bloße Gewissens- oder Tugend-Pflicht halten? Sie ist Pflicht der Menschheit oder der Liebe des Nächsten, wie dies der Gottmensch so vortrefflich in dem Gleichniß eines Unglüklichen zeigt, der ausgeraubt und hülflos da lag, und dessen sich nicht der vorübergehende Priester, nicht der Levit, sondern der Samariter, als sein Nächster (Seinesgleichen), annahm [1]. Bloß in dem Fall, wenn sie ohne eigene Lebensgefahr, oder irgend eine große Aufopferung seiner selbst nicht erfüllt

werden kann, hört sie auf allgemeine Pflicht zu seyn, und ist dann Folge eines individuellen Hochgefühls, einer seltenen Moralität.

1) Luc. 10 Kap. v. 30 folg.

§. 30.

Wie aber können diese Pflichten Rechtspflichten seyn, und doch nicht erzwungen werden? Der Einwurf wäre von Wichtigkeit, wenn Rechtspflicht und Zwang wesentlich zusammenhiengen. Zwar liegt in dem Begriff des Rechts — dieses mag nun in der Forderung an eine Person oder an den Menschen bestehen, folglich subjectiv oder objectiv seyn — das Zwingendürfen, d. i. die moralisch-mögliche Behauptung des Rechts durch Zwang, was sich aus der Allgemeinheit und Gewißheit der verabsäumten Pflicht (Rechtspflicht) darthun läßt. Aber der wirkliche Gebrauch des Zwangs hängt immer von zufälligen Umständen, und hauptsächlich vom Willen und von der physischen Kraft des Berechtigten ab. Das Zwingendürfen als objective Eigenschaft und wesentliches Merkmal des Rechts ist mit dem Zwang selbst nie zu verwechseln. Jenes kommt dem Berechtigten gegen jeden, der sein Recht nicht erkennt, zu. Dieser ist immer subjektiv, und kann gegen Uebertreter der Rechtspflicht, sie sey eine negative oder affirmative, gebraucht oder unterlassen worden; nur mit dem Unterschied, daß er bey Verlezung der ersten von dem Rechthabenden selbst, bey Unter-

lassung der zweyten aber, wegen physischer Unmacht desselben, an seiner Stelle von der Gemeinheit gegen deren Uebertreter angewandt wird.

Daher, daß man bey Uebertretung negativer Pflichten gegen den Thäter gewöhnlich Zwangsmittel ergreift, um ihn zu Anerkennung verlezter Persönlichkeit als Basis des Rechts zu nöthigen, und daher, daß man den Zwang unterläßt, wenn, alle Umstände wohl erwogen, sein Gebrauch ein größeres Uebel androht, als die vorhandene Pflichtverlezung zugefügt hat, mag es gekommen seyn: daß man Zwang zum Charakter der Rechtspflicht gemacht, und mit Zwangspflicht identificirt hat.

§. 31.

Immerhin aber geschah dies unrichtig. Eine Rechtspflicht ist die, welche sich die Menschen ohne Unterschied und unbedingt, oder bey Verträgen, welche sich bestimmte Personen schuldig sind, also eine Pflicht, der ein Recht des Menschen, oder ein Recht der Person gegenüber steht. In diesem Recht oder der Forderung der Verbindlichkeitsleistung an den Verpflichteten liegt der wesentliche Unterschied zwischen Rechts- und Tugendpflicht. Denn wenn auch lezterer das Recht entspricht, sie auszuüben; so ist doch diese Befugniß keine Forderung eines von dem Pflichtträger verschiedenen Subjekts, wie bey der Rechtspflicht.

§. 32.

Darf nun gleich keiner von denen, welchen

einerley Pflicht gegen einen dritten obliegt, andere zu Erfüllung derselben aus der Ursache anhalten [1]), weil einer Pflicht nur ein Recht gegenüber steht, was gerade das Recht dieses dritten gegen seine durch ihre gleiche Natur ihm verpflichtete Mitmenschen ist; so schließt dieses doch das Recht aller (der Gemeinheit) nicht aus, für diesen Dritten, der durch Versagung der Menschenpflicht umkam, an dem, welcher durch deren vorsäzliche Verweigerung sich an der Menschheit versündigte, (Verbrechen beleidigter Menschheit) Genugthuung zu nehmen [2]).

1) Hier ist gewissermaßen eine naturrechtliche Correal-Verbindlichkeit vorhanden, bey welcher, wie bey der des positiven Rechts, zwar der Gläubiger gegen alle Mitschuldner, keiner derselben aber gegen den andern ein Recht hat, ihn zu Erfüllung der Verbindlichkeit zu zwingen.

2) At vero, sagt Cic. c. 14. de legg. p. 20. scelerum in homines atque impietatum nulla expiatio est.

§. 33.

Ich halte dies Recht für so unbezweifelt, daß ohne dasselbe mir die Staats-Strafgewalt unerweislich vorkommt, welche, wie mich dünkt, gegen jeden, der wissentlich einen Unglücklichen durch Verweigerung seines Beystandes dem Tode preiß gibt, oder auf irgend eine andere Art seine Menschheit an ihm verläugnet, mit vollem Recht ausgeübt wird [1]).

Man wende dagegen nicht ein — daß positive Strafgeseze für Verbrechen der Art seltener seyen. —

Sie bleiben nie ungestraft; doch, da sie als Aeusserungen besonderer Rohheit mehr aus unseligem Egoismus, als in der Hize der Leidenschaft begangen werden, und ihr Thatbestand oft schwer zu bestimmen und auszumitteln ist; so schien es zwekmäßiger in einzelnen Fällen, die nicht schon unter dem Strafgesez für Verbrechen enthalten sind, ausserordentliche Strafen zu erkennen, als für solche Vergehungen zum voraus unbestimmte Strafgeseze zu geben.

1) Ergo est lex justorum injustorumque distinctio, ad illam antiquissimam et rerum omnium principem expressa *naturam*, ad quam leges hominum diriguntur, quae supplicio improbos afficiunt, defendunt ac tuentur bonos. Cic. de Leg. L. 4. c. 13. p. 36.

§. 34.

Negative Rechtspflichten bestehen in der durch die Vernunft den Menschen gebotenen Unterlassung aller Handlungen, wodurch die Persönlichkeit und freye Wirksamkeit anderer verlezt wird. Sie sind nothwendige Bedingungen der äusseren Achtung des Menschen als Vernunftwesens gegen Seinesgleichen. Durch Erfüllung negativer Pflichten achten sich die Menschen als Personen, durch Leistung der affirmativen achten sich die Personen als Menschen, durch jene erkennen und behandeln sie sich als gleich frey und wirksam, durch diese als zu gleich freyer Wirksamkeit geschaffen.

Jene sind sie der Achtung für eigene und fremde Persönlichkeit, diese sind sie Ihresgleichen zu Erhaltung der Menschheit und als reelle Würdigung der menschlichen Natur schuldig. Jene sind später als diese, weil der Mensch früher ist als die Person, und weil persönliche und subjektive Freyheit ohne objektive und allgemeine weder bestehen noch fortwirken kann. Kurz ohne affirmative Rechtspflichten würde die Menschheit, ohne negative die Persönlichkeit aufhören. Beyde sind durch die menschliche als vernünftige Natur gegeben, und aus dieser erkennbar. Nur äußern sie sich in negativer oder positiver Form, je nachdem sie dem Menschen oder der Person geleistet werden.

§. 35.

Bey negativen Pflichten entspringt das Recht des andern aus ihrer Uebertretung [1]); so lange nemlich der Mensch seine äußere Freyheit nicht mißbraucht, das heißt andern nicht schadet, hat niemand ein Recht gegen ihn. Genau genommen steht daher nicht der Pflicht, sondern ihrer Verlezung das Recht gegenüber, sich dagegen zu schüzen, und dadurch seine Persönlichkeit zu behaupten. Denn der negativen Pflicht könnte nur ein negatives Recht entsprechen, was ein Unding ist.

1) Si quis consulto damnum inferat, injuriam facit, et *injustus* est, cum vel a *proportione* vel ab *aequalitate* discesserit Aristot. Eudem. L. 4. c. 6.

III.
Entwiklung des Rechtsbegriffs.

§. 36.

Das natürliche Recht beruht auf der natürlichen Gleichheit [1]), kraft welcher die Menschen als Vernunftwesen dieselbe äußere Achtung oder eine gleiche Behandlung von einander fordern, und die ungleiche oder der vernünftigen Natur widersprechende abtreiben, ihr Widerstand leisten, und dadurch das äußerlich aufgehobene moralische Gleichgewicht gleichsam wieder herstellen. Die objektive Vernunft gebietet: die menschliche Natur durch Anerkennung der Freyheit und Gleichheit aller, die sie an sich tragen, zu achten.

Freyheit besteht in dem sich allein bestimmenden Willen des Menschen, in der Unabhängigkeit seiner Person und seiner Wirksamkeit von andern; die Gleichheit aber in dem Anspruch aller Menschen auf eigene Persönlichkeit. Durch das Zusammenseyn derselben und ihre gemeinschaftliche Natur ist ihre Gleichheit nothwendig, und durch diese Gleichheit ist die persönliche Freyheit des Einzelnen beschränkt. Freyheit ist auch ohne Gemeinschaft der Menschen, Gleichheit aber nur in derselben vorhanden [2]).

1) Nihil est enim unum uni tam simile, tam par, qnam omnes inter nosmet ipsos sumus Cic. de Leg. c. 10. p. 16.

Si injuria est iniquitas ſeu inaequalitas, jus erit *aequalitas*, — — atque eadem erit aequalitas et eorum, quibus jus tribuitur, et earum rerum, in quibus jus consistit. ARISTOT. Eudem. L. 4. c. 2.

2) Paribus enim *honestum* et *justum* in parte. . Non par autem paribus, et non ſimile ſimilibus *praeter naturam* est, nihil autem bonum, quod ſit praeter naturam. ARISTOT. Polit. L. 7. c. 3.

§. 37.

Aus Freyheit und Gleichheit, jenen urſprünglich weſentlichen Eigenſchaften der Menſchen, welche richtig verſtanden und ſittlich angewandt, dieſelben veredlen, und die bürgerliche Geſellſchaft beglüken, mißverſtanden aber und mißbraucht, die unſeligſten Folgen haben, und ein Greuel der Menſchheit werden, entwikelt ſich der Begriff vom Recht [1]. So viel es nemlich ſelbſtſtändige Menſchen (Perſonen) gibt, ſo viel gleichfreye Wirkungskreiſe gibt es. Was jeder innerhalb dieſes Kreiſes als des Gebiets ſeiner Freyheit und Gleichheit thun will oder thut, ſteht in ſeiner Macht, und ſeine Willkühr iſt hierin äußerlich unbeſchränkt. So weit dies Gebiet freyer Wirkſamkeit reicht, erſtrekt ſich das äußere Recht des Menſchen, oder ſeine Macht, unabhängig und ungeſtört durch andere zu handeln. Die Gränze dieſes Gebiets iſt von der Natur durch die Coexiſtenz gleichartiger Weſen, und durch die von ihnen auf äußere Gegenſtände ſichtbar verwendete Thätigkeit genau und ſcharf bezeichnet [2].

1) Im weitesten Sinn ist er synonym mit der sittlich-freyen Wirksamkeit des Menschen. Im engeren und eigentlichen Sinn bezeichnet er die moralische Möglichkeit des Zwangs, oder die erzwingbare Forderungen an Seinesgleichen.

2) Justitia est virtus, per quam, quae ſunt ſua, ſinguli habent, et ut jubet lex. Aristot. Rhet. L. 1. c. 9.

§. 38.

Das Kriterium von Recht ist bey affirmativen, wie bey negativen Pflichten, das innere Gefühl, und die Gewißheit, daß die Menschen sich diese Pflichten nach dem sie alle als Selbstzweke gleich verbindenden Gesez der Vernunft einander zu leisten, und dieselbe Leistung von allen zu fordern haben. Bey den negativen Pflichten liegt das Recht, theils in dem Bewußtseyn der Pflicht anderer: die Persönlichkeit von Ihresgleichen nicht zu verlezen, theils in dem Bewußtseyn seiner Pflicht: diese Persönlichkeit wider die von andern mißbrauchte Freyheit zu behaupten, und ihr so viel Gewalt entgegen zu sezen, als die Wiederherstellung der dadurch aufgehobenen Gleichheit erfordert [1].

1) nam par pari referre justam est. loc. cit. lit. c.

§. 39.

Bey den affirmativen Pflichten fließt das Recht auf ihre Leistung aus der gleichen menschlichen Natur, die der Hilflose mit andern gemein hat. Es ist die Forderung an Seinesgleichen, ihn,

und sich selbst als Mensch zu achten, und eine gemeine Menschenpflicht, die er sich nicht selbst leisten kann, an ihm und für ihn zu erfüllen. Man könnte das Recht aus negativen Pflichten das natürliche Recht der Person, so wie das Recht aus affirmativen das natürliche Recht des Menschen nennen.

§. 40.

Bey Voraussezung eines einzigen Menschen, dessen äußere Freyheit so weit als seine physische Kraft reicht, kann der Begriff von Recht (jus) nicht wohl entstehen [1]). Denn er ist nur ein Beziehungsbegriff [2]), und nach obigem aus dem Bewußtseyn der Pflicht anderer gegen mich, und meiner Pflicht gegen andere, in der Wechselwirkung zusammengesezt. Doch würde er sich nicht so klar, und so verschieden von Pflicht darstellen, wenn die Menschen sich schon aus Neigung und aus Achtung für das Sittengesez auf ihr Freyheitsgebiet beschränkt, und nicht auch auf fremdes Eingriffe gemacht hätten. Erst der Mißbrauch äußerer Freyheit führte zur Anwendung des Gesezes, welches die Vereinbarkeit der Freyheit des Einzelnen mit der Freyheit Aller zur nothwendigen Bedingung ihres Gebrauchs macht. Denn wenn gleich das Recht wie die Pflicht vernünftiges Wollen voraussezt; so läßt sich doch das Recht nicht so wohl aus der sittlichfreyen Wirksamkeit, als aus der Be-

schränkung der Handlungswillkühr durch das Zusammenseyn mehrerer gleichartiger Wesen vollständig entwikeln [3].

1) Dies lehrt schon das große Licht seiner Zeit Christ. Thomasius in fundam. jur. nat. et gent. L. 1. c. 5. §. 16. 17.

2) Tieftrunk in der schönen Schrift über Recht und Staat S. 22. sagt zwar: „da der Begriff des Rechts durch sich selbst besteht, so ist er innerer und absoluter, folglich kein Verhältnißbegriff." Aber diesem Saz kann ich nur in so fern beypflichten, daß das Recht ein praktischer Begriff a priori, folglich seiner Natur nach kein Erfahrungsbegriff ist. So fern er sich aber in dem Menschen nur bildet, wenn er andere gleichartige Wesen neben sich sieht, und dadurch erkennt, was ihre gemeinschaftliche Natur sich einander zu thun, und von einander zu fordern erlaubt, kann dieser Begriff nur ein relativer seyn, welcher die Handlungslegalität des Menschen im Verhältniß zu Seinesgleichen ausdrükt. Ein einziger Mensch hätte also, so fern ihm sein vernünftiger Wille Maximen vorschreibt, und seine sinnliche Willkühr zu deren Befolgung nöthigt, wohl Pflichten, aber kein Recht (jus). Denn dieses, wenn es von der Pflicht oder dem recto verschieden seyn soll, bezeichnet entweder die Forderung an andere, oder die für alle gleich gesezliche Möglichkeit zu handeln.

3) perfectum est, unam esse hominum inter ipsos *parem communemque* rationem: deinde *omnes* inter se naturali quadam indulgentia et benevolentia, tum etiam *societate juris* contineri, quae cum vera esse recte ut arbitror concesserimus,

quî jam licet nobis *a natura* leges et jura sejunque. Cic. de legg. L. I. c. 13. Liegt nicht schon in dieser Stelle jenes großen Römers meine Eintheilung der Rechtspflichten in affirmative und negative?

§. 41.

a) Feuerbachs System.

Zwar hat ein neuerer Rechtsgelehrter [1]) mit dem Scharfsinn und der Consequenz, die seine Schriften auszeichnen, darthun wollen, daß weder eine absolute noch relative Deduktion des Rechts aus dem Sittengesez möglich, und doch die absolute Deduktion desselben nothwendig sey. Es blieb ihm daher nichts übrig, als ein eigenes rechtgebendes (juridisches) Vermögen der praktischen Vernunft neben dem pflichtgebenden (moralischen Vermögen) anzunehmen, und darauf das Recht als Produkt der praktischen Vernunft zu gründen. Er nennt das Recht (Freyheit durch Vernunft), so fern es durch das juridische Vermögen bestimmt wird, das juridische Erlaubtseyn zum Unterschied von dem moralischen Erlaubtseyn, von dem das Sittengesez die Quelle ist. Die Säze dieser Schrift sind so logisch aneinander gereiht, daß, wer sich von den Prämissen überzeugen kann, in das darauf gebaute neue System einstimmen und annehmen muß, daß dadurch erst das Naturrecht zur unbezweifelten Wissenschaft erhoben worden sey, die durch ihr Fundament,

nemlich durch das besondere rechtgebende Vermögen der Vernunft, von der in dem Sittengesez begründeten Moral der Pflichtenlehre rein abgesondert ist.

1) Feuerbach in der Kritik des natürlichen Rechts.

§. 42.

Allein schon die Annahme eines eigenen unerweislichen rechtgebenden Vermögens der praktischen Vernunft erwekt für das System keine günstige Vermuthung, wenn auch die dasselbe konstruirende Säze weniger zweifelhaft wären. Ich will die wichtigsten derselben anführen, und mit einigen Bemerkungen begleiten.

1) „Das moralische Erlaubtseyn wird vom „Sittengesez negativ bestimmt, es besteht in nichts „weiter als in der Abwesenheit einer Nöthigung; „— wenn ich sage, es ist mir etwas erlaubt, so „sage ich nichts weiter, als das Sittengesez schweigt „hierüber, es verbietet mir diese Handlung nicht, „und ich habe daher die Freyheit, vor dem Sittengesez so zu handeln. Das Erlaubtseyn ist also „weiter nichts als eine bloße Negation, die „Abwesenheit von etwas Realem (der Pflicht) und „das Recht, wenn es in nichts als diesem Erlaubtseyn besteht, ist ebenfalls ein bloßes Nichts, „eine Negation ohne alle reale Prädikate." (S. 105. 106.)

§. 43.

Sonderbar klingt es, wenn hier alle durch das Sittengesez, weder gebotene noch verbotene Wirksamkeit des Menschen für bloße Negation und das Recht für ein bloßes Nichts erklärt wird. Der vernünftige Wille also, so fern er nicht nöthigt, ist nichts, und nur die Nöthigung zur Handlung, die Verbindlichkeit, ist etwas, oder mit andern Worten: nur die Beschränkung der menschlichen Thätigkeit durchs Sittengesez ist etwas, ist positiv, die Nichtbeschränkung aber, oder das Erlaubtseyn nach demselben ist negativ und nichts. Es ist zwar wahr: daß das Sittengesez diejenigen Handlungen nur erlaubt, die es nicht gebietet, daß also diese keine Pflichten sind; wer wollte aber daraus folgern, daß sie rücksichtlich des Sittengesezes nichts seyen? Daß dieses sie nicht zu Pflichten macht, beweist nur, daß sie demselben nicht zuwider, dem Menschen also freygelassen sind. Diese Freylassung, diese nicht gebotene, aber doch sittliche (nicht pflichtwidrige) Thätigkeit heißt in Beziehung auf andere, welche sie nicht hindern dürfen, das Recht (jus). Allein beydes, Recht und Pflicht, sind in dem Sittengesez gegründet, und daraus zu deduciren, jenes als sittlichfreye oder erlaubte, diese als sittlichnothwendige Thätigkeit. Beyde sind durch das Sittengesez bedingt, folglich darin enthalten. Die Bedingung des Rechts ist: daß es dem Sittengesez nicht wider-

spricht; die Bedingung der Pflicht, daß sie nach dessen Vorschrift erfüllt wird. Dort gebietet es über die äußere Freyheit zu handeln, hier schreibt es die Handlungen selbst vor. Die Sphäre des Rechts ist viel größer, als die Sphäre der Pflicht. Ohne jenes kann die Menschheit nicht bestehen, ohne diese kann der Mensch nicht besser und vollkommener werden.

§. 44.

2) „Da die moralische Vernunft das Vermögen der Pflichten ist, so kann sie das Erlaubtseyn nicht positiv bestimmen" (S. 104.). — Dies gebe ich zu, aber dadurch, daß sie es negativ thut, oder daß sie über die äußere freye Wirksamkeit nichts bestimmt, sondern sie im allgemeinen dem Gesez der Achtung gegen sittliche Natur unterwirft und dadurch beschränkt, läßt sie dieser Wirksamkeit ihren positiven Charakter, und diese wird erst durch Verlezung jenes Gesezes, mittelst Ueberschreitung der sittlichen Schranken, unerlaubt, unsittlich, und moralisch nichtig.

„Sie kann vermöge ihrer Natur nur Pflichten hervorbringen" (ebend.). Ganz richtig. Allein dadurch, daß sie nicht alle Handlungen zu Pflichten macht, spricht sie gerade die Rechtmäßigkeit derer, die es nicht sind, der erlaubten, aus. Wer seine Pflicht nach der Vorschrift des Gesezes, und blos weil es Pflicht ist, erfüllt, handelt gut, wer aber handelt, ohne eine Pflicht gegen andere

zu verlezen, handelt recht. Niemanden ist erlaubt, oder freygelassen, die äußerlich pflichtmäßige (erlaubte) Thätigkeit anderer zu stören; jeder hat die Pflicht, diese zu achten, und jeder hat das Recht, diese von andern zu erzwingen, nur mit dem Unterschied, daß bey Störung der innerlich pflichtmäßigen Thätigkeit oder des verbindlichen Rechts, der Zwang dem Berechtigten geboten, hingegen bey Störung der äußerlich pflichtmäßigen oder legalen Thätigkeit, d. i. des freyen Rechts nur erlaubt und freygelassen ist.

§. 45.

3) „Das Recht entspringt nicht aus der Pflicht „des andern, es sezt diese nicht voraus, wird „durch sie nicht begründet, sondern steht unabhän„gig von vollkommenen Verbindlichkeiten fest, „und ist in dem Berechtigten an sich und durch das„selbe vorhanden" (S. 67.). Der Herr Verfasser widerlegt sich selbst dadurch, daß er das Recht in die Möglichkeit des Zwangs sezt (S. 295. 296.). Denn Zwang oder Gewalt an sich ist unerlaubt, und der Behandlung von Seinesgleichen als sittlich freyes Wesen zuwider. Es läßt sich nur rechtfertigen, wenn ohne ihn äußerlich sittliche Thätigkeit nicht behauptet und gesichert werden kann. Vor Störung derselben ist kein Zwang möglich, geschweige anwendbar; vor ihr also ist kein besonderes Recht als Möglichkeit des Zwangs vorhanden. Daß diese Möglichkeit schon in dem Recht

überhaupt, d. h. in der äußern Freyheit liege, wie (S. 296.) gesagt wird, ist unrichtig, indem Freyheit und Zwang als entgegengesezte Begriffe nicht eher zu vereinbaren sind, als bis die Freyheit widerrechtlich von andern beschränkt werden will. Erst dann ist die Möglichkeit des Zwangs vorhanden, und wenn sie wirklich beschränkt wird, der Gebrauch desselben zu Behauptung seiner Freyheit erlaubt.

Bey dem Recht wird durch Zwang die äußere Freyheit und Gleichheit bloß erhalten; bey der Pflicht wird durch Zwang die Moralität auch äußerlich sanktionirt; daher ist es bey jenem dem Ermessen des Berechtigten freygelassen, aber bey dieser wegen ihrer Unerläßlichkeit nothwendig.

§. 46.

Ist also ohne Rechtsverlezung kein Zwang möglich, und ist es Pflicht, jene zu unterlassen; so entspringt das Recht als Möglichkeit des Zwangs aus der Pflicht, sezt diese voraus, und wird durch sie begründet. Aber auch das Recht aller Rechte, die natürliche Freyheit, oder die äußere Wirksamkeit ist nur ein Recht, so fern und so weit sie das Sittengesez gegen freye Wesen gestattet, das heißt, so fern sie der Pflicht gegen dieselbe als Selbstzweke nicht widerspricht. Diese Freyheit wird erst durch den pflichtmäßigen Gebrauch eine erlaubte, eine gesezliche Freyheit, ein Recht. Sie entspringt

also auch aus der Pflicht zur sittlichen Thätigkeit, und sezt, wenn sie ein Recht seyn soll, diese voraus. Kurz, der Begriff des Rechts wird durch die Unsittlichkeit der Störung, oder durch die Pflicht der Anerkennung äußerer sittlicher Thätigkeit (des Rechts) erst konstituirt. Daher kann man das Recht überhaupt durch allgemeine pflichtmäßige Thätigkeit, so wie einzelne Rechte durch Handlungen definiren, welche anzuerkennen oder nicht zu hindern, Pflicht ist. Aus der Uebertretung lezterer fließt dann von selbst die Möglichkeit des Zwangs, oder das Zwingendürfen, als Mittel, sein Recht geltend zu machen.

§. 47.

4) „Die vollkommene Pflicht sezt das Recht „voraus. Eine Pflicht, in wie fern sie vollkom„men ist, ist es nur dadurch, daß ihr ein Recht „gegenüber steht. Es gibt oft Rechte, wo keine „Pflicht da ist. Folglich kann das Recht seinen „Grund nicht in der vollkommenen Pflicht haben, „und eine relative Deduktion ist unmöglich.“ Gegen den ersten Saz ist das Nöthige erinnert worden. Der zweyte sollte heißen: ein Recht ist es nur dadurch, daß ihm eine vollkommene Pflicht gegenüber steht. Recht und Pflicht sind zwar Correlaten; aber das Recht sezt die Pflicht voraus, weil diese das einzig sichere Kriterium vom Recht ist. Wäre sie es nicht, so hätte das Recht weder Anfang noch Ende. Dagegen wird vielleicht

der Herr Verfasser sagen: Der Anfang oder das Prinzip des Rechts ist die praktische Vernunft, und das Ende das Daseyn anderer freyer Wesen, die dasselbe Recht haben. — Gut: aber, wie erfährt, oder woran erkennt der Mensch, daß seine Freyheit ein Recht, und daß dieses durch die Freyheit anderer beschränkt ist? Einzig und allein durch das Sittengesez, das da ausspricht, was nicht Recht, oder was Pflicht ist. Das Recht kann durch nichts anders, als durch Pflicht bedingt seyn. Das Bedingende geht aber dem Bedingten nothwendig voraus, folglich ist das Recht nur durch die Pflicht erkennbar, und besteht nur durch sie. Kurz, das Sittengesez heiligt das Recht durch die Pflicht; ohne diese wäre das Recht nichts, als zügellose Freyheit, als bloße Willkühr, die nur der Gewalt weicht.

§. 48.

Hiedurch ist zugleich der Saz widerlegt: daß es Rechte ohne Pflichten gebe. „Aber das Sittengesez kann mir nicht erlauben, daß ich meine Talente unentwikelt lasse; erlaubte es mir nun gerade das Gegentheil zu thun, so würde es eben dasselbe verbieten und erlauben, mithin in den größten Widerspruch mit sich selbst gerathen" (S. 97.). Keineswegs. Dasselbe Sittengesez, welches mir dies nicht erlauben kann, erlaubt deswegen andern nicht, auf Erfüllung dieser meiner Pflicht zu dringen. Vielmehr darf niemand mich

hindern, meine Talente unentwikelt zu lassen, wegen der allgemeinen Pflicht: eine anderen unschädliche Freyheit nicht zu stören, worin gerade mein äußeres Recht besteht. Ein Recht gegen mich, meine Talente unentwikelt zu lassen, ist nicht denkbar, da ich die Pflicht habe, sie zu entwikeln.

„Warum habe ich ein Recht, mir selbst das „Leben zu nehmen? Sezt, ich hätte kein Recht, „mir es zu nehmen, so dürfte ich zu Erfüllung der „Verbindlichkeit, mir nicht selbst das Leben zu rau„ben, von außen her bestimmt werden" (S. 290.). Ich antworte: Der unläugbaren Pflicht, die ich habe, mein Leben zu erhalten, widerspricht das Recht, mir es zu nehmen. Darum, daß ich von außen her nicht bestimmt werden darf, mir es nicht zu rauben, folgt keineswegs das Recht, mir es zu nehmen, sondern nur so viel, daß andere mich an der ihnen unschädlichen Freyheit auch in Beziehung auf mein Leben als Selbstzwek zu achten haben, mich also, wenn ich mit Bewußtseyn handle, nicht zwingen dürfen, mein Leben fortzusezen.

Beyde Beyspiele bestätigen gerade den Saz: daß das Recht aus der Pflicht entspringe: das innere aus der inneren, und das äußere aus der äußeren. Es kann daher gegen Meinesgleichen mir etwas erlaubt und Recht seyn, was gegen mich unrecht ist, und umgekehrt. Ich kann einen wissentlich darben lassen, ohne sein Recht, aber nicht, ohne meine Pflicht zu verlezen. Nur in so

fern habe ich das Recht, ihm nichts zu geben, als er die Pflicht hat, die Entscheidung, ob ich ihm geben will, mir zu überlassen. So kann ich auch mit Verlezung der Pflicht gegen mich einen Vertrag schließen, den ich doch halten muß, weil der andere aus meiner freywillig übernommenen äußern Pflicht ein Recht auf deren Erfüllung hat.

§. 49.

6) „Das Recht ist selbst eine Norm für das, „was recht ist, und von diesem durchaus verschie„den" (S. 115.). — Lezteres ist richtig, aber ersteres nur dann, wenn man unter recht das justum, nicht das rectum versteht. Denn für dieses ist das Sittengesez die Norm. „Aus dem „Sittengesez kann daher wohl das rechte, aber „nicht das Recht abgeleitet werden, und doch soll „dieses die Norm für das, was recht ist, seyn." — Hier muß wieder das rectum von dem justum unterschieden werden. Jenes folgt unmittelbar aus dem Sittengesez, aber dann widerspricht der Saz: daß das Recht (jus) Norm sey für das, was recht (rectum) ist, dem System des Herrn Verfassers.

§. 50.

„Aeußere Rechte sind solche Rechte, die mora„lische Handlungen zur Materie haben. Nun sind „unmoralische Handlungen von der Vernunft sank„tionirt, folglich gibt es äußere Rechte durch Ver„nunft" (S. 289. 290.). Handlungen sind da-

durch äußere Rechte, daß sie ungestört begangen werden können, oder daß ihre Nichthinderung für andere Pflicht ist. Das Nichtgehindertwerdenkönnen gehört zu ihrer Form, und die Handlungen sind ihre Materie. Diese sind als erlaubt von andern für moralisch zu halten, und an sich nicht unmoralisch, ob sie es gleich seyn können. Versteht aber der Herr Verfasser unter dem Unmoralischen den Zwang, um sein Recht zu behaupten, so ist es auch dieser nicht, weil ein Mittel zu Behauptung der sittlichen Freyheit gegen pflichtwidrige Störung derselben nicht unmoralisch ist, so fern es nicht den Zwek überschreitet.

§. 51.

Nach meiner Ueberzeugung muß also das Recht, von dem wir ohne Pflicht keinen Begriff hätten, aus dem Sittengesez abgeleitet und entwikelt werden.

Dasselbe oder die praktische Vernunft schreibt nemlich dem Menschen

1) Pflichten vor, die auf die Erhaltung der menschlichen, als sittlich vernünftigen Natur, gegründet, aus derselben erkennbar, und für alle ohne Unterschied und unbedingt verbindlich sind. Durch sie wird die äußere freye Wirksamkeit des Menschen zu seinem und dem Besten aller beschränkt. Das Zusammenseyn von Wesen gleicher Natur macht diese Beschränkung sittlich nothwendig. Den hieraus fließenden gegenseitigen Pflich-

ten entsprechen gegenseitige Rechte, die in Forderungen ihrer Erfüllung und ihrem Erzwingendürfen bestehen. Dies ist die natürliche Abhängigkeit der Menschen von einander, welche das Sittengesez eingeführt hat, um dadurch die gegenseitige Unabhängigkeit und Freyheit der Menschen zu bewirken. Der rechtliche Zwang ist die Sanktion dieser gesezlichen Beschränkung.

Außer diesen allgemeinen Pflichten ist die äußere Freyheit unbeschränkt, und ihr Gebrauch der Willkühr eines jeden überlassen. Sie heißt sein Recht, weil es jedem verboten ist, ihn an dieser Freyheit zu hindern. Alle Handlungen, welche den Pflichten gegen andere nicht widersprechen, sind in dieser Beziehung gerecht, ungeachtet sie, rüksichtlich des Handelnden, nicht immer pflichtmäßig sind. Denn dazu wird ihre Uebereinstimmung mit den subjektiven Pflichten erfordert.

§. 52.

2) Diese Pflichten entspringen aus dem Verhältniß der individuellen Natur des Menschen zum Sittengesez, und der Bestimmung des Willens durch dasselbe. Sie bezwekten die Vervollkommnung seiner Person, und bestehen in Handlungen, die einzig und allein um ihrer Sittlichkeit willen zu seinem und zum Besten anderer geschehen. Die durch das Sittengesez rüksichtlich anderer erlaubte Thätigkeit, kann bald mit der

Pflicht des Handelnden zusammenstimmen, bald ihr widersprechen. Im ersten Fall ist sie gerecht und gut, im zweyten bloß gerecht.

Das Sittengesez umfaßt demnach die ganze freye Thätigkeit des Menschen, diese mag sich durch Erfüllung der allgemeinen Pflichten (Rechtspflichten), oder durch Handlungen, die solche nicht verlezen, oder endlich durch bloß moralische, d. h. Tugendpflichten äußern. Die beyden ersten Arten, die allgemein gebotene und allgemein erlaubte Thätigkeit der Menschen, stehen unter dem Rechtsgesez, das nichts anders, als das Sittengesez ist, so fern es die äußere Achtung gegen Seinesgleichen gebietet, und durch dies Gebot zur Forderung derselben berechtiget. Denn das Recht, ich muß es wiederholen, sezt das Nichtstörensollen desselben, oder die Pflicht anderer, es ungehindert gebrauchen zu lassen, voraus; das Recht mag nun in der Forderung der Pflichtleistung, oder in der durch andere nicht zu störenden freyen Wirksamkeit bestehen. Diese könnte kein Recht genannt werden, wenn es nicht Pflicht wäre, sie anzuerkennen.

§. 53.

Ich kann daher dem System eines besondern, von dem Pflichtvermögen verschiedenen Rechtsvermögens der praktischen Vernunft, durchaus nicht beystimmen, noch weniger aber mich davon überzeugen, daß erst dadurch das Naturrecht zu einer

eigenen, von der Moral abgesonderten Wissenschaft, erhoben werde. Vielmehr hat diese Schrift mich in dem Glauben bestärkt: daß kein Naturrecht ohne sorgfältige Entwiklung der allgemeinen, oder Rechtspflichten, die sein eigentlicher Gegenstand, und wovon die Rechte nur nothwendige Consektarien sind, sich gründlich und fruchtbar vortragen lasse. Nach meiner Ueberzeugung ist auch gerade die Allgemeinheit und Gleichheit der Pflichten, welche sie zu Rechtspflichten, und das sie gebietende Sittengesez zum Rechtsgesez macht, der unterscheidende Charakter des Naturrechts von der Moral, oder der Wissenschaft der Tugendpflichten.

§. 54.

b) Kantisches System.

Der unsterbliche Kant [1]) gieng auch in dem Naturrecht seinen eigenen Weg. Er theilte die Rechtspflichten nach den drey Formeln des Ulpian [2]) ein, und nahm diese Formeln zugleich als Eintheilungsprinzipien des Systems der Rechtspflichten in innere, in äußere, und in diejenigen an, welche die Ableitung der lezteren vom Prinzip der ersteren durch Subsumtion enthalten.

Indessen führt er bey Entwiklung des Rechtsbegriffs, den er in die Möglichkeit der Verknüpfung des allgemeinen wechselseitigen Zwangs mit jedermanns Freyheit sezt, den Menschen auch

schon als ein freyes, und selbstständiges Wesen auf. Als solches ist er aber nur in der Lehre der Pflichten, und nicht in dem Gebiet der Rechte anzunehmen. Denn diese bestehen außer der Befugniß zu zwingen, wenn unsre freye Thätigkeit gestört wird, auch in den Forderungen des Beystands an Seinesgleichen, so oft wir unser Daseyn nicht durch eigene Thatkraft zu erhalten vermögen.

Der Unterschied dieser beyderley Rechte liegt nur darin, daß dort die Freyheit, und hier die Gleichheit verlezt wird, dort durch Nichtachtung seiner Mitmenschen vermittelst Ueberschreitung der Thätigkeitssphäre, hier durch Nichtachtung mittelst Unterlassung des schuldigen Beystandes.

Daß übrigens Kants Absicht nicht war, das Naturrecht bloß auf negative Pflichten zu beschränken, beweist sein ganzes System, so wie die allgemeine Eintheilung der Rechtspflichten nach Ulpian.

1) in den metaphys. Anfangsgründen der Rechtslehre S. 43. 44.

2) l. 10 ff. de justit. et jur.

§. 55.

Seiner Paraphrase der drey Ulpianischen Formeln kann ich übrigens nicht durchgehends beystimmen. Die erste Formel: das honeste vive: ist durch die Behauptung der Menschenwürde im Verhältniß mit andern, oder was dasselbe ist, durch die Achtung der menschlichen Natur in seiner Per-

son, bey dem Verkehr, und in der Gesellschaft mit Seinesgleichen, vortrefflich erklärt.

Alle Handlungen also, wodurch ich ein öffentliches Aergerniß gebe, das gemeine sittliche Gefühl beleidige, und die menschliche Natur in meiner Person entehre, widersprechen der Selbstschäzung, Achtung derselben (honestatem laedunt), und werden von jedem rechtlichen Menschen verabscheut.

Dagegen ist in die zweite und dritte Formel: in das neminem laede und in das suum cuique tribue: ein Sinn gelegt worden, welcher mehr enthält, als die Worte und die damalige stoische Philosophie gestatten. Das neminem laede verbietet die Verlezung fremder Persönlichkeit, und das suum cuique tribue: gebietet die Anerkennung und Zuscheidung der anderen zustehenden Rechte und Forderungen. Leztere Formel bezieht sich auf die ausgleichende und zuscheidende Gerechtigkeit, wofür — wie Kant richtig bemerkt — die Formel: gieb jedem das Seine: ohne Ungereimtheit nicht substituirt werden kann.

§. 56.

So wie das neminem laede: oder schade dem Menschen und seiner Persönlichkeit nicht: ein schon in das menschliche Herz gelegtes Gebot der Vernunft ist, um vermittelst Achtung jener, die allgemeine Freyheit aufrecht zu erhalten; so befiehlt das suum cuique tribue: jeden nach dem Gesez der

Gleichheit zu behandeln. Dieser gleiche Antheil an Recht, den der Mensch als Glied und Genosse der vernünftigen Gemeinheit hat, ist das suum cujusque. Die diesem Recht entsprechende Pflicht soll jeder erfüllen, und nichts thun, noch unterlassen, wodurch er ihr untreu wird, und Seinesgleichen verläugnet.

Das neminem laede bezwekt mehr die Unverlezlichkeit des physischen, das suum cuique tribue die Erhaltung des rechtlichen Zustandes der Menschen.

Jenes drükt bloß negative, dieses auch affirmative Rechtspflichten aus. Durch Unterlassung jener würdigt der Mensch Seinesgleichen zum Mittel, zur Sache, herab; durch Unterlassung dieser opfert er das Recht anderer seinem Egoismus, seinem Eigennuz auf.

§. 57.

Die Rechtspflichten aus diesen beyden Geboten unterscheiden sich von dem Gebot: honeste vive: darin: daß sie sich einzig und allein auf andere beziehen und die Seinesgleichen schuldige Behandlung ausdrüken, da das honeste vive nur solche Handlungen vorschreibt, wodurch man sich selbst achtet, kein sittenverderbliches Beyspiel gibt, und sich nicht zum Thier, oder gar unter dasselbe herabwürdigt [1]). Der Inbegriff dieser Handlungen heißt Ehrbarkeit (honestas).

Diese Pflichten der allgemeinen Ehrbarkeit,

das heißt solche, die man sich nicht als Person, sondern als Mensch schuldig ist, und durch deren Uebertretung man die Menschheit (Gemeinheit) schändet, sind nicht bloß moralische, sondern gleichfalls Rechtspflichten. Denn sie entspringen nicht aus der individuellen und persönlichen, sondern aus der allgemeinen und menschlichen Natur; sie geben jedem, der nicht dagegen handelt, ein Recht: von Seinesgleichen als Mensch und Genosse der sittlichen Gemeinheit geachtet zu werden.

1) Papinian sagt hierüber leg. 15 ff. de condit. instit. sehr schön: Quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dicam, contra *bonos mores* sunt, nec facere nos posse, credendum est.

§. 58.

Wer aber diese Pflichten verlezt, der macht sich, so fern diese Verlezung öffentlich geschieht, und dadurch ein Sitten zerstörendes Aergerniß gegeben wird, der menschlichen Gesellschaft unwürdig, und kann als solcher, nach Beschaffenheit seines Vergehens, zulezt aus der Gemeinheit verstoßen (proskribirt) werden. Diese naturrechtliche Wahrheit ist für jede Gesezgebung wichtig, wie sie es der römischen war. Hieraus läßt sich noch vor einem vorhandenen Gesez das Strafrecht des Staats gegen diejenigen darthun, welche den Menschen an sich selbst öffentlich entehren, und

durch äußere grobe Unsittlichkeit bey Ihresgleichen das so nothwendige Gefühl für Zucht und Ehrbarkeit erstiken [1]).

1) Sehr wahr sagt Augustin in dem Dekret des Gratian c. 13. C. 32. Quaest. 7. flagitia, quae sunt contra naturam, ubique et semper detestanda atque punienda sunt, qualia e. g. Sodomitarum fuerunt — — — Violatur quippe ipsa societas, quae cum *Deo* nobis esse debet, cum eadem natura, cujus ipse auctor est, libidinis perversitate polluitur.

§. 59.

Merkwürdig ist es, daß in verschiedenen Stellen des neuen Testaments unter dem Gebot: du sollst deinen Nächsten lieben, wie dich selbst [1]): keine andere, als die auf der Menschheit beruhende Rechtspflichten verstanden werden. Dies beweisen sowohl die dort angeführten Beyspiele, als der gleich darauf folgende Saz: „die Liebe thut dem Nächsten (Seinesgleichen) nichts Böses;" sie ist des Gesezes Erfüllung, und vorzüglich die Ermahnung des Apostels Paulus: „außer der brüderlichen Liebe (gemeinen Menschenliebe) noch völliger (vollkommener) zu werden in Christo."

Doch in dem Evangelium und in den Schriften des Johannes umfaßt das Wort Liebe weit mehr, nemlich die Reinheit des Herzens, und den in jeder Tugend thätigen Glauben an Gott.

1) Epist. Paul. an die Römer c. 13. v. 8. 9. 10. v. 13. Lasset uns ehrbarlich wandeln 1 Ep. Paul. an die Thess. c. 4. v. 12. Ep. Paul. an die Gal. c. 5. v. 14. 15. an die Coloss. c. 4. v. 1. Ihr Herren, was recht und gleich ist, das beweiset den Knechten. Die oben angef. Stelle des Ev. Luk. c. 10. v. 27. 30 folg.

IV.

Vom natürlichen und rechtlichen Zustand.

§. 1.

Schon Hobbes [1]), der erst in neuerer Zeit ganz verstanden und nach Verdienst gewürdiget wurde, hat die Wahrheit außer Zweifel gesezt, daß der Mensch im natürlichen Zustand gegen Seinesgleichen ohne Recht sey. Denn da dieses die Anerkennung von dem, gegen welchen es ausgeübt werden soll, voraussezt; leztere aber in so fern ungewiß ist, als sie von der durch einen sittlichen Willen geregelten Freyheit abhängt; so folgt, daß wenn das Recht aus Eigennuz oder andern Gründen der Sinnlichkeit verkannt, oder streitig gemacht wird, es an einem anerkannten Richter zur Entscheidung fehlt. Im Naturstand ist der Einzelne von seinem Urtheil, wie von seinen Handlungen, nur sich Rechenschaft schuldig; was er also nicht für Recht halten will, läßt er gegen sich nicht dafür gelten. Dadurch wird die Gewalt zum Recht,

und bey sich bildenden Faktionen für einen oder den andern streitenden Theil ein Krieg unvermeidlich. Dieses bellum omnium contra omnes zog dem mißverstandenen Hobbes so viele Gegner zu. Seine Behauptung, daß der Naturstand kein rechtlicher, sondern ein Zustand der Gewalt sey [2]), steht mit seinen sonst richtigen Begriffen vom Naturrecht in keinem Widerspruch.

1) in seinem geistvollen elem. philos. de cive. Amstelod. 1669.

2) Das 10te Kap. enthält folgende schöne Vergleichung des natürlichen mit dem bürgerlichen Zustand: „extra statum civitatis unusquisque libertatem habet integerrimam quidem, sed *infructuosam*, propterea, quod qui propter libertatem suam omnia *agit arbitrio suo*, propter libertatem aliorum omnia *patitur arbitrio alieno*. At civitate constituta, unusquisque civium tantum libertatis sibi retinet, quantum sufficit ad bene et tranquille vivendum, tantum idem aliis adimitur, ut non sint metuendi. Extra civitatem unicuique ita jus est ad omnia, ut tamen nulla re frui possit; in civitate vero unusquisque finito (definito) jure secure fruitur. — — Extra civitatem propriis tantum viribus protegimur, in civitate omnium. Extra civitatem fructus ab industria nemini certus; in civitate omnibus. Denique extra civitatem *imperium affectuum*, bellum, metus, paupertas, foeditas, solitudo, barbaries, ignorantia, feritas; in civitate *imperium rationis*, pax, securitas, divitiae, ornatus, societas, elegantia, scientiae, benevolentia.

§. 2.

Der verewigte Kant [1]) führte diesen Saz mehr aus, und zeugte aufs bündigste: daß von dem natürlichen und rechtlosen Zustand nicht — wie viele Naturrechtslehrer behaupten — der gesellschaftliche, sondern der bürgerliche der Gegensaz sey. Denn jener, der aus der ehelichen, väterlichen, häuslichen Gesellschaft ꝛc. besteht, ist auch im Naturstand vorhanden; aber alle diese Gesellschaften stehen unter keiner rechtlichen Gewalt, und erkennen über sich keinen Richter. Dazu ist nöthig, daß sie aus dem natürlichen oder Privatstand in den öffentlichen und bürgerlichen treten. Dies fordert sowohl ihre innere Pflicht sich auszubilden und zu vervollkommnen, als ihre äußere, sich gegen Gewalt zu schüzen, ihr Recht sicher zu stellen, und besser zu leben. Hier tritt an die Stelle der Willkühr das Gesez, welches alle verbindet, dem alle unterthan sind, und wornach alle gerichtet werden. Nun findet keine andere, als rechtliche Gewalt [2]) statt, welche durch Vollziehung des Gesezes als gemeinsamen Willens die Aufrechthaltung der Rechte der einzelnen bezwekt. Der Zustand lezterer unter sich ist der bürgerliche, und die ganze Gemeinheit im Gegensaz der einzelnen unter Rechtsgesezen ist der Staat.

1) in seiner Rechtslehre S. 154 folg.

2) nihil est enim exitiosius civitatibus, nihil tam contrarium juri et legibus, nihil minus civile et humanum, quam composita et constituta republica, quidquam *agi per vim*. Cic. de Leg. L. 3. c. 18.

§. 3.

Doch muß man sich hüten, zu glauben, daß der Staat diese Rechtsgeseze erst schaffe. Sie sind nothwendige Folgerungen aus Prinzipien oder Grundbegriffen des Rechts. Denn so wie man das Rechtsverhältniß des Menschen gegen Seinesgleichen aus seiner vernünftigen Natur oder a priori entwikelt; so kann man sich auch eine Menge Menschen in Vereinigung unter Gesezen vorstellen, welche als reines Resultat der gemeinen und objectiven Vernunft und als Prinzipien des Rechts für jeden denkbaren Staat [1]) dieselbe insgesamt verpflichten. Diesen Gesezen kann sich keiner entziehen, weil jeder durch gemeinsamen Willen sie konstituiren half, also ihre Gewalt als über sich zum voraus erkannte [2]).

1) Aristoteles sagt Polit. l. 1. c. 1. Civitas est societas principalissima, et caeteras omnes complectitur.

2) l. 3. c. 1. Civis nulla alia re definitur magis, quam participatione potestatis publicae, *judicandi* et *decernendi*.

§. 4.

Ist aber der rechtliche oder bürgerliche Zustand der angemessenste für die Natur des Menschen; so

sollte man den ihm entgegengesezten, nemlich den Zustand der physischen Gewalt, den unnatürlichen nennen. Gesez und Recht, die die Welt regieren, wären jedoch ganz unnüz, wenn nicht das gemeinschaftliche Interesse es forderte, daß der Wille des Einzelnen dem allgemeinen, oder dem Gesez unterthan sey, und daß dieses den Widerspenstigen zum Gehorsam nöthige [1]). Der Stagyrit hält auch an mehreren Stellen die bürgerliche Gesellschaft deswegen für die natürliche, und den Einzelnen für einen Theil des Ganzen, weil jener für sich nicht bestehen, noch seine Bedürfnisse befriedigen könnte [2]).

1) Nihil porro tam aptum est ad jus — quam *imperium*, sine quo nec domus ulla, nec civitas, nec gens, nec hominum universum genus stare, nec rerum natura omnis, nec ipse mundus potest. Cic. de Legg. l. 3. c. 1.

2) *Polit.* L. 4. c. 11. L. 1. c. 2. Esse igitur civitatem natura, et prius quam singuli, manifestum est. Si enim non sibi est sufficiens unusquisque separatus, perinde se habet ac reliquae partes ad totum.

§. 5.

Was schon die gemeinsittliche Natur den Menschen in ihrem gegenseitigen Verkehr zur äußeren Pflicht macht, ohne übrigens außer der bürgerlichen Gesellschaft sich deren Erfüllung sichern zu können, dem giebt der Staat durch positive Geseze

Sanktion. Er ist die Garantie des ursprünglichen und erworbenen Rechts, und schüzt es durch rechtliche Gewalt gegen Willkühr und Egoismus der Einzelnen.

V.

Von der Wichtigkeit des Naturrechts.

§. 1.

Sind die Rechtspflichten der Menschen schon vor ihrer bürgerlichen Vereinigung vorhanden; so fällt dadurch die Wichtigkeit der Wissenschaft in die Augen, welche nicht nur die vom Staat zu sichernde Rechte lehrt, sondern auch die gesezliche Bedingungen ihrer Garantie durch genaue Entwikelung jener Rechte, und durch Bezeichnung der Sphäre der Staatsgewalt angiebt; eine Wissenschaft, die bey dem überaus großen und oft zufälligen Stoff der Geseze, theils die legislatorische Gewalt dahin leitet, jedes Gesez mit dem Gegenstand, worüber es bestimmt, in natürliches Verhältniß zu sezen, um dadurch dem Prinzip der Gerechtigkeit treu zu bleiben, theils der richterlichen Gewalt die kluge Anwendung der Geseze an Hand gibt, damit daraus kein Unrecht erwachse.

Diese Wissenschaft ist das natürliche Recht, dessen Gebote allem positiven Recht zur Grundlage und zum Kriterium vernünftiger Gesezlichkeit dienen.

§. 2.

Eben so wichtig, wie für die gesezgebende und richterliche Gewalt, ist dieses Recht für die Bestimmung des Umfangs der Strafgewalt. Ihre Geseze müssen gleichfalls aus Prinzipien der allgemeinen Gerechtigkeit fließen. Ob sie aber auch Handlungen bestrafen könne, die noch nicht als Verbrechen gesezlich erklärt, und mit einer eigenen Strafe belegt sind, ist zweifelhaft, und von mehreren bestritten worden.

§. 3.

Diese Frage wird sich richtig beantworten lassen, wenn die Handlungen, worüber die Geseze verordnen, sorgfältig von einander geschieden werden. Sind es nemlich solche, wozu schon das natürliche Recht die Menschen gegeneinander verpflichtet; so kann das positive deren Charakter nicht ändern, und nicht die Strafbarkeit der Pflichtübertretung erst festsezen, sondern nur ihre Bestrafung und die Art der lezteren aussprechen. Denn wenn diese Handlungen nicht schon an sich unerlaubt und gesezwidrig wären; so wäre das allgemeine Urtheil, so wie das Urtheil des Uebertreters [1]), über dieselbe unkräftig; gesezliche Willkühr würde ihnen dann in der bürgerlichen Gesellschaft erst den Stempel der Widerrechtlich- und Sträflichkeit aufdrüken; ein ungereimter und widersprechender Saz: da beyde, der Staat und die positive Gesezgebung, einzig und allein durch das

Vernunftrecht, worauf sie gegründet sind, ihr Daseyn und ihre Haltbarkeit haben.

1) Video meliora proboque, deteriora sequor.

§. 4.

Bey Handlungen hingegen, welche naturrechtlich gleichgültig, und der Willkühr eines jeden anheimgestellt sind, hat die bürgerliche Gesezgebung freyeren Spielraum, und kann so oder anderst darüber verfügen. Die mancherley besonderen Zweke des Staats, welche nicht zum Seyn, sondern zum Besserseyn, und zum Wohlstand der Bürger gehören, ohne welchen die äußere und innere Cultur des Menschen wenig Forschritte macht, fordern eine Beschränkung der natürlichen Freyheit, und schaffen durch Geseze willkührliche Handlungen zu nothwendigen, oder zu Pflichten um. Diese Metamorphose ist hienieden die glücklichste, wenn sie mit den für den Bürger nüzlichen und wohlthätigen Anstalten, welche durch sie gedeihen sollen, gleichen Schritt hält. — Die Geseze erster Art (§. 3.) bestätigen bloß die vernunftrechtliche Handlungsprinzipien, und sichern die in den Staat gebrachten Rechte, welche durch ihre Aeusserung in so mannichfaltigen Gegenständen wichtiger und nüzlicher werden.

Die übrigen Geseze sind selbst als Prinzipien ihren Ursprung dem Staatsverein schuldig; sie sind wegen der neuen Verhältnisse und Institute

zum Wohl der Bürger gemacht, durch deren Natur bedingt, und wie diese der Veränderung unterworfen.

§. 5.

Handlungen also, die aus Nichtachtung der menschlichen Natur fließen, und — je nachdem sie sich nur durch Pflichtweigerung äußern, oder zugleich in Verlezung der Urrechte des Menschen bestehen — entweder ungerecht, oder Verbrechen sind, darf und soll der Staat nach ihrer Beschaffenheit erzwingen und bestrafen, selbst wenn noch kein Strafgesez für sie existirt. Er darf es: denn wenn gleich die Strafgeseze, wie andere, nur für künftige Fälle gegeben sind, frühere Vergehungen also straflos zu seyn scheinen; so ist doch dieser Saz nur in Ansehung derjenigen Handlungen wahr, die nicht schon ihrer Natur nach Verbrechen, und als solche strafbar sind; denn diese läßt außer dem Staat bloß der Mangel rechtlicher Gewalt ungestraft, im Staat dürfen sie derselben als Rächerin jeder Uebelthat nicht entgehen.

Auch soll es der Staat: denn er hat mit Uebertragung der höchsten Gewalt die unerläßliche Pflicht übernommen: sowohl dem Beleidigten Genugthuung und dem Beschädigten Ersaz zu verschaffen (naturrechtliche Forderung); als sämtlichen Bürgern ihre Ruhe und Rechte möglichst zu sichern, und durch die Strafe und deren Gewißheit für jeden warnendes Beyspiel gegen Begehung von Verbre-

chen zu seyn (Forderungen aus dem bürgerlichen Verein).

§. 6.

Demnach werden Strafgeseze gegen absolute Vergehungen nicht deswegen gemacht, um deren Strafbarkeit zu verordnen, sondern, um die nach ihrer Natur sie erwartende Strafen bestimmt auszusprechen, und den künftigen Thäter sowohl wegen seiner Verschuldung, als auch wegen der ihn treffenden Strafe außer Zweifel zu sezen.

Durch die positive Sanktion seiner naturrechtlichen Uebelthat sind, so bald sie erwiesen ist, alle Scheingründe gegen deren Strafbarkeit schon voraus widerlegt. Doch hindert des Gesezes Mangel keineswegs die Bestrafung, weil sie eine gerechte und nothwendige Folge der schon an sich strafbaren Handlung ist.

§. 7.

Dürfte die höchste Gewal ohne Pönalgesez dergleichen Vergehen nicht strafen; so hätte sie gar kein Strafrecht: denn das Gesez, welches Strafen verordnet, fließt aus derselben Quelle, wie die höchste Gewalt, welche jene schon vor dem positiven Geseze bestraft: nemlich aus dem vernünftigen Willen der ganzen Gemeinheit. Wem wird es auch einfallen, zu sagen: daß z. B. ein Mörder oder ein Straßenräuber nicht strafbar sey, so lange kein Gesez über diese Verbrechen existirt? Die Art und Größe der Uebelthat kann aber im Prinzip

keinen Unterschied machen; sondern es kommt allein darauf an, ob das zu strafende Vergehen Verlezung eines Rechts ist, bey dessen Aufrechthaltung alle Menschen als vernünftige Wesen gegen den Thäter interessirt sind. Ist dies der Fall; so kann und soll die Strafgerechtigkeit im Staat auch noch vor dem emanirten Pönalgesez eintreten, sonst aber nicht.

§. 8.

Nach diesem meines Erachtens richtigen Grundsaz hat der Staat ein Zwangs- und Strafrecht [1]), so oft die oben entwikelte Rechtspflicht [2]) verlezt wird. Wo also durch schändliche Handlungen Aergerniß gegeben, und gute Sitten verderbt, wo Rechte gekränkt, wo Freyheit, Gut, Leib, Leben und Ehre angetastet werden, da tritt die Strafgewalt, und zwar für künftige Fälle durch Strafgeseze, für die sich früher ereignende aber durch Zwangsverfügungen und Strafen nach Beschaffenheit der pflichtwidrigen Handlungen ein.

1) Es heißt Strafrecht, wenn es Vergehungen und Verbrechen; Zwangsrecht, wenn es die Anerkennung von Privatrechten zum Gegenstand hat.

2) §. 54 folg.

§. 9.

Die Gründung dieser rechtlichen Gewalt war unstreitig die dringendste, und Hauptveranlassung, warum die Menschen sich in bürgerliche Gesellschaft begeben. Der Staat, eine künstliche Schöpfung,

war ursprünglich ein Werk der Noth und des gemeinsamen Interesse; es mußte erfolgen, um die Menschen der Wildheit zu entreißen, sie für Recht und Sittlichkeit empfänglich zu machen, und ihnen Gelegenheit zu verschaffen, ihre Vernunft zu entwikeln, und ihren Verstand nicht bloß für sich und auf Kosten von Ihresgleichen zu gebrauchen. Er ist die wohlthätigste Erziehungs- und Bildungsanstalt der Menschheit, welche die Vervollkommnung der Einzelnen durch Sicherheit ihrer Person und Rechte möglich macht. Die Staatsgesezgebung muß auf den bestimmten Zustand der bürgerlichen Gesellschaft und ihrer Verhältnisse passen; die Güte der Geseze liegt in der Zwekmäßigkeit derselben rüksichtlich der Verfassung und ihrer einzelnen Theile. Dadurch unterscheiden sie sich von bloß willkührlichen und natürlichen Verordnungen. Dieses eigentliche Kriterium der Geseze, oder ihr Geist, ist das Resultat des Vernunftrechts und seiner Prinzipien, die durch positive Geseze angewandt werden, deren Anwendung aber von dem Studium und der richtigen Auffassung von beyden abhängt.

VI.

Ueber Recht und Billigkeit.

§. 1.

Jedermann spricht von Billigkeit; und doch wenige, selbst Rechtsgelehrte nicht ausgenommen, wissen bestimmt zu sagen, was sie eigentlich ist, und wie sie sich vom Recht unterscheidet. Es geht hier, wie mit manchen Dingen der Art, die man durch's Gefühl oder den inneren Sinn aufgefaßt, aber zu keiner klaren Anschauung des Verstandes gebracht hat.

Beyde Begriffe stehen in innigster Verbindung, und beyde werden sich entgegengesezt. Beyde sollen Gerechtigkeit ausdrüken und handhaben, und doch heißt das strenge Recht das höchste Unrecht (summam jus summa injuria). Wie läßt sich dieser scheinbare Widerspruch heben?

§. 2.

Ich glaube dadurch, daß man auf die Quellen des Rechts und der Billigkeit zurükgeht. Jenes fließt unmittelbar aus dem Gesez, und ist dessen Inhalt; diese fließt aus dem Prinzip des Gesezes, dem vernünftigen Willen; sie gebietet dem Richter, nach demselben das Gesez anzuwenden und zu entscheiden; sie macht, daß in keinem Fall durch das Recht jemand Unrecht geschieht; sie giebt dem Gesez seine praktische Güte, und erhält das Recht in dem vom Gesezgeber beabsichtigten Werth. Kurz:

die Billigkeit ist das Richtmaas für den einzelnen Fall, wie das Recht für den Fall in der Allgemeinheit.

§. 3.

Das Gesez kann als Akt eines endlichen und beschränkten vernünftigen Willens nur überhaupt, oder ins Allgemeine verordnen; dies gehört zu seinem Begriff. Nichtsdestoweniger ist sein Objekt unendlich verschieden. Der Gesezgeber hebt daher aus der nicht aufzufassenden Mannichfaltigkeit die gewöhnlichsten, die am häufigsten vorkommenden Fälle, aus, und abstrahirt davon die Regel, welche er sanktionirt. Ereignen sich Fälle, die jenen ähnlich, aber nicht gleich sind; so paßt das Gesez nicht völlig auf sie; wird es demungeachtet buchstäblich darauf angewandt; so muß Ungleichheit, d. i. Unrecht entstehen. Daher summum jus, summa injuria.

§. 3.

Jenem Mangel des Gesezes, den es nach der Natur der Sache durch seine Allgemeinheit an sich trägt, soll abgeholfen werden. Es kann nur geschehen durch Gleichmachung des Gesezes mit dem Fall nach dem Willen des Gesezgebers, als der personificirten Vernunft, wornach jenes in gleichem Verhältniß mit dem darnach entscheidenden Fall stehen muß [1]). Das in der Absicht gleich gemachte Recht, damit es in der Anwendung nicht zum Unrecht werde, heißt Billigkeit (aequitas).

Diese gleicht das gesezliche Recht (jus legitimum), das mit der Verschiedenheit der Fälle nicht gleichen Schritt halten kann, mit dem Recht des Falls aus, und hat keinen andern Zwek, als die ununterbrochene Erhaltung der ursprünglichen Rechtsgleichheit zum Besten der Gerechtigkeit. Daher hieß sie auch der griechische Weise [2]) das bessere Recht.

1) l. 18. ff. de legg. benignius leges interpretandae sunt, quo *voluntas* earum conservetur.

2) Aristot. de *morib.* L. 5. c. 13. Nam cum aequum et bonum juris cujusdam exaequatio sit, *melius jus* quoddam est. *Rhetor.* L. I. c. 15. Aequum est, quod praeter scriptam legem justum est.

§. 4.

Hieraus folgt, daß Recht und Billigkeit sich bloß der Art nach (specie) unterscheiden, und daß jenes in der Anwendung nur das Gesez, diese aber die Gleichheit des Falls mit denen, die durch's Gesez entschieden sind, vor Augen hat. Stimmt jener mit diesen überein, so ist er genau (stricte) nach dem Gesez zu entscheiden, und Recht und Billigkeit coincidiren; weicht er davon ab; so entscheidet die Billigkeit durch Modifikation des gesezlichen Buchstabens (stricti juris) nach dem Recht der Vernunft, als dem angenommenen Willen des Gesezgebers — welches nicht nur Basis, sondern auch Supplement aller positiven Geseze ist [1]).

Deswegen definirt Celsus [2]) das Recht durch ars boni et aequi, so wie überhaupt in der römischen Gesezgebung die Billigkeit nach Verdienst gewürdiget ist, was außer mehreren Stellen [3]) die Lehre von den sogenannten Quasicontrakten, und das bloß auf Aequität gebaute prätorische Recht [4]) sattsam beweisen.

1) Man vergleiche die l. 85. §. 2. ff. de R. J. ein schönes Beyspiel hievon enthält die l. 2. §. 5. ff. de aq. et aq. pluv. arc., wo Paulus sagt — — opinor, utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus, mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: *haec aequitas suggerit*, etsi *jure* deficiamur. Was mir also nüzen kann, und dem andern nicht schadet, darf ich thun.

2) l. 1 ff. de just. et jur.

3) l. 90 ff. de R. J. In omnibus quidem, maxime tamen in jure *aequitas* spectanda. l. 8. C. de jud. Placuit in omnibus rebus praecipuam esse *justitiae aequitatisque*, quam stricti juris rationem.

4) Bekanntlich war der praetor *minister* aequitatis, und das prätorische Recht hieß viva vox juris civilis l. 8 ff. de just. et jur. s. auch l. 7. §. 1. ebend.

§. 5.

Was billig ist, ist immer recht, aber was recht ist, nicht immer billig. Beydes fließt aus dem vorigen, und wird durch Beyspiele noch deutlicher. Ein Bekannter hilft mir mit Geld aus; ich kann es ihm nach Verfluß der bestimmten Zeit

nicht zurükgeben. Meine Lage bessert sich in der Folge, und ich bezahle die Schuld. Das Recht des Gläubigers ist dadurch befriedigt, denn es sind keine Zinse versprochen; aber die Billigkeit fordert, daß ich ihm von der Verfallzeit der schuldigen Zahlung an auch Verzugszinse entrichte. Eben so wird ein billiger Gläubiger seinen Schuldner, dessen schlimme und traurige Lage er kennt, nicht drängen, ungeachtet das strenge Recht es erlaubt.

Wenn ferner ein vermöglicher Mann bey mehreren gleich armen Verwandten einen derselben vor allen übrigen unterstüzt; so können leztere doch nicht über Unbilligkeit klagen; denn er ist ihnen nichts schuldig, und es hängt von ihm ab, mit seinem Ueberfluß nach seiner Einsicht und Willkühr freygebig zu seyn. Zwar läßt sich dagegen sagen; da er dem Einen gibt, so verlange die Billigkeit, daß er auch den übrigen gebe, die sich in gleicher Lage befinden. Aber Wohlthätigkeit, und eine ungleiche Anwendung derselben ist mit Billigkeit nie zu verwechseln; man wollte dann unter lezterer die verhältnißmäßig gleiche Behandlung anderer aus bloß moralischen Gründen verstehen. Jene als ethische Pflicht, kann zwar, was ihren Werth allerdings erhöht, mit Billigkeit vereinigt, aber von ihr nicht abhängig werden. Unrichtige Vorstellung und Ansicht von ihr trugen ohne Zweifel sehr viel zu Erzeugung der falschen Billigkeit (aequitas cerebrina) bey, welche für die

Partheyen, Advokaten und Richter gleich große Nachtheile hat.

§. 6.

Dagegen ist die wahre Billigkeit, von welcher die Berükſichtigung der Umstände der Sache, und der Verhältnisse und Eigenschaften der Person unzertrennlich ist, von den heilsamsten Folgen im Staat. Sie gibt der Gerechtigkeitspflege in Sachen des bürgerlichen und kriminal Rechts die nöthige Milde; sie erhält den richtigen Sinn und die Achtung für Recht; sie sichert gegen Chikanen, und eine der Jurisprudenz höchst schädliche Dialektik; sie vermindert die Streitsucht, flößt den Partheyen gegen den Richter Zutrauen ein, und erhöht dadurch sein Ansehen. Auch ist sie den Bürgern in ihrem gegenseitigen Verkehr nüzlich, und erleichtert alle Geschäfte. Man hütet sich vor Leuten, die unerbittlich auf dem strengen Rechte bestehen, und hat gerne mit denen zu thun, welche auch den Umständen etwas nachgeben, und auf Treue und Glauben Wort halten [1].

1) l. 1. pr. ff. de pact. l. 84. §. 1. ff. de R. J.

§. 7.

Von der Billigkeit, wovon hier die Rede ist, und die ich die rechtliche nennen möchte, unterscheide man sorgfältig die Billigkeit im Handeln. Diese ist Folge guter Gesinnungen, die, mit Kenntnissen und Erfahrung vereint, den Charakter bil-

den, und durch diesen bewirken, daß sie nie in Schwäche ausartet. Sie bezieht sich nicht, wie jene, auf andere und deren Recht, sondern auf sich selbst und seine Handlungsweise; und wenn sie gleich im Umgang mit andern sichtlich und ihnen nüzlich wird; so kann sie doch von denen, die sie besizen, in vorkommenden Fällen höchstens erwartet, aber nicht in rechtlichen Anspruch genommen werden. Der vermögliche Mann kann gegen seine Verwandten (§. 5.) in deren Behandlung unbillig scheinen, und vielleicht es auch seyn. Da aber die Verhältnisse zwischen ihm und ihnen, so wie über die Gründe, gegen einen vor den andern Wohlthätigkeit auszuüben, niemand besser urtheilen kann, als er, wenigstens ihm allein darüber die Entscheidung zukommt; so ist er deshalb auch nur sich verantwortlich (forum poli). Ueberhaupt vergesse man nie: daß die Menschen im Staat unter Rechtsgesezen vereinigt sind, welche in der Theorie und Praxis Billigkeit athmen, d. i. so viel möglich das bessere Recht geben und pflegen sollen; daß aber Billigkeit an sich eine Gemüthseigenschaft ist, welche, wie jede Tugend, im Staat ausgebildet, und für dessen Glieder höchst wichtig wird, jedoch nie Gegenstand des Rechts oder der Gesezgebung seyn kann.

§. 8.

Täglich kommen Rechtsfälle über Contrakte, Testamente, insonderheit über begangene Verbre-

chen vor, bey deren Entscheidung der Richter, wenn die Gerechtigkeit ganz befriedigt seyn soll, mit der bloßen Anwendung des Gesezes nicht ausreicht; sondern, wo er die Lüke, die aus den Besonderheiten des praktischen Falls zwischen diesem und dem gesezlichen ist, vor seinem Spruch durch die Billigkeit gleichsam ausfüllen muß [1]). Noch mehr aber hat der Richter die Billigkeit zu erforschen und anzuwenden bey Untersuchungen [2]), oder wenn zwischen den streitenden Theilen ein Vergleich zu stiften, und der Fall so beschaffen ist, daß durch ein Urtheil entweder keinem Theil ganz Recht geschieht, oder durch dasselbe neuen aus derselben Grundursache zu befürchtenden Streitigkeiten nicht begegnet wird.

1) l. 4. in fin. ff. de eo q. cert. loc. in summa, *aequitatem* quoque ante oculos habere debet judex, qui huic actioni addictus est.

2) l. 21. ff. de interrog. in jur. fac.

§. 9.

Uebrigens soll sich der Richter allein an die rechtliche, oder an die aus dem Vernunftrecht fliessende Billigkeit halten. Nur diese darf seine Entscheidungen leiten, wo das positive Gesez nicht ganz paßt. Innerhalb dieser Gränze wird sein nothwendiges Ermessen (arbitrium) nie in Willkühr (merum arbitrium) ausarten, am wenigsten kann dies geschehen, wo Gesezkommissionen gegen diese als Schuzwehr aufgestellt sind.

VII.

Die Erwerbung einer Sache durch Besiz (usucapio) ist naturrechtlich.

§. 1.

Ob die Usucapion erst durch das römische Recht eingeführt worden, oder schon im Natur- und Vernunftrecht gegründet, und daraus erweislich sey? darüber sind die Meinungen der Gelehrten verschieden; doch, wie ich glaube, mehrere der ersten, als der zweyten zugethan. Vielleicht wäre dies der Fall nicht, wenn man Usucapion von Verjährung sorgfältig getrennt, erstere allein zum Gegenstand der Untersuchung gemacht, und den Grund derselben nicht in ein durch stillschweigende Willenserklärung aufgegebenes Eigenthum, oder in die vermuthete Verlassung desselben, gesezt hätte. Selbst eine der neueren und besseren mir bekannten Schriften [1]) geht von diesem Grund aus, und trägt die erste Meinung so scheinbar vor, daß, wenn jener fest stünde, mancher Vertheidiger ihr unwillkührlich beytreten würde.

1) Versuch einer Untersuchung über die Frage: ob die Usucapion unter freyen Völkern statt finde? von Leop. Fredersdorf. Braunschweig 1785.

§. 2.

Ich rede hier nicht von Erwerbung einer Sache durch unfürdenklichen Besiz, die auch naturrechtlich unbestritten ist, weil dieser Besiz nicht

als Grund, sondern als Folge einer vormaligen Erwerbung angesehen wird, deren Gültigkeit er gleichsam ausspricht.

Eben so wenig handelt es sich hier von derjenigen Verjährung (praescriptio extinctiva) oder Erwerbung, die nach römischem Recht nicht sowohl aus dem rechtmäßigen Besiz einer fremden Sache, als vielmehr aus dem, durch deren Nichtgebrauch von dem Eigenthümer innerhalb der gesezlichen Zeit, unwirksam gewordenen Klagrecht, hervorgeht.

§. 3.

Die zu beantwortende Frage ist einzig und allein die, ob fremdes Eigenthum durch Besiz oder Gebrauch [1]) naturrechtlich erworben (usucapirt) werden könne? Auf die Länge der Zeit, worin der Eigenthümer seine Sache nicht gebraucht, und ein anderer sie besizt, kommt es hier nicht an. Diese Zeitbestimmung wäre, wenn sie auch stattfinden könnte, hier überflüssig; da der Eigenthümer seiner Sache nicht durch die Zeit der Gebrauchsverabsäumung, sondern allein durch die Vernachläßigung ihres Besizes oder Gebrauchs verlustig wird. Die lange Zeit bestätigt bloß die Wahrheit jener Verabsäumung, und dient dem Besizer zu deren Erweis.

1) Beyde Worte sind nach römischem Recht gleichbedeutend. l. 115 ff. de V. S. l. 27. in f. ff. de donat.

§. 4.

Der Rechtssaz von einem ohne Besiz so lange fortwährenden Eigenthum, bis der Eigenthümer ausdrüklich oder stillschweigend darauf entsagt, ist unerweislich, und beruht nur auf positiven Gesezen. Aber auch diese fühlten das Ungereimte, Zwekwidrige und Nachtheilige seiner Allgemeinheit, und bestimmten daher einen gewißen Zeitraum, in welchem der Eigenthümer durch Nichtgebrauch seine Sache verliert, und deren rechtmäßiger (justus) Besizer nach dessen Verfluß sie erwirbt [1]). Die Römer gingen von dem richtigen naturrechtlichen Saz aus: daß das Eigenthum aus dem Besiz entstanden sey [2]), und ohne denselben weder erworben, noch auf immer davon getrennt werden könne. Es lag ihnen daran, der Ungewißheit des Eigenthums, als natürlichen Folge seiner Absonderung vom Besiz, zu begegnen [3]). Daher das Gesez: daß der Gebrauch oder Besiz einer fremden Sache, die rechtmäßigen Besizer einer beweglichen Sache nach Verlauf eines Jahrs, und einer unbeweglichen, nach zwey Jahren zu Eigenthümern mache [4]). Offenbar ist hier die Zeit nur Nebenbestimmung zu Gunsten des Besizers [5]), und bloß zum Beweis der Erwerbung durch den Besiz beygefügt worden. Die lange Zeit des Besizes wurde erst unter den römischen Kaisern als Erforderniß der Verjährung zu Gunsten der Eigenthümer verordnet; weswegen sie auch in der

Aufschrift der Titel des Gesezbuchs nur bey der Präscription, und nicht bey der Usucapion beygesezt worden seyn mag [6]).

1) Princ. Instit. de usuc. l. 1 ff. de usurp. et usuc.

2) l. 1. §. 1 ff. de acq. v. amitt. poss.

3) In der angef. Stelle der Instit. heißt es: ne rerum dominia in incerto essent, und in der andern l. 1 ff. bono publico usucapio introducta est: ne scilicet quarundam rerum diu, et fere semper incerta dominia essent.

4) Die Tab. VI. der 12 Tafelnges. usus auctoritas fundi *biennium*, caeterarum rerum *annuus* usus esto. l. 1. §. 1. l. 19. l. 20. l. 21. ex q. causs. maj.

5) l. 1 ff. alleg. cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.

6) Instit. L. 2. T. 6. de usuc. et *longi temp.* praescr. L. 41. T. 3. D. de usurp. et usuc. L. 44. T. 3. D. de *div. temp.* praescript. L. VII. T. 33. T. 37. T. 38. Cod.

§. 5.

Das römische Recht hat durch seine Verordnung: daß fremdes Eigenthum vermittelst des eine Zeitlang ununterbrochen fortgesezten redlichen Besizes erworben werde: den natürlichen Besiz bloß bestätigt und legalisirt [1]). Man frug nicht darnach, ob der Eigenthümer das Recht an seine Sache aufgegeben, oder sie verlassen habe, sondern nur darnach, ob ein anderer rechtmäßiger Besizer derselben geworden, und es diejenige Zeit hindurch geblieben sey, welche für den Eigenthümer hin=

reichte, um innerhalb derselben sein Recht, wenn es nicht verlohren seyn sollte, geltend zu machen.

Die Römer erkannten demnach in ihrer ersten Gesezgebung die naturrechtliche Kraft oder Autorität des Besizes zur Erwerbung einer Sache, jedoch nur unter sich, nicht gegen Fremde, welche sie, außer Verkehr mit ihnen, wie Feinde ansahen [2]).

1) Daher wird er in der l. 10. C. de adq. et retin. poss. *possessio legitima* genannt, auf eben die Art, wie ein gesezlich bestätigtes pactum in der l. 6 ff. de pact. *legitima* conventio heißt. Man vergleiche auch den Maranus in Paratitlis Digest. ad T. de usurp. et usuc. p. 477.

2) Legg. XII Tabl. T. 3. adversus *hostem* aeterna auctoritas esto. Cic. L. 1. de offic. c. 12.

§. 6.

Da das Eigenthum ursprünglich von dem Besiz ausgieng, und da es aufhört, so bald dieser auf immer davon getrennt wird; so ist der Besiz ein vorzügliches Recht des Eigenthümers, und der ausschließende Besiz einer Sache mit Eigenthum gleichbedeutend. Um aber Eigenthümer in der Erscheinung zu seyn und zu bleiben, muß man sich andern als solchen darstellen und kenntlich machen. Dies kann nur durch Handlungen und Verfügungen über eine Sache geschehen, die niemand vornehmen kann, als dem sie gehört. Diese Handlungen sezen entweder den Besiz der Sache voraus,

oder sie betreffen denselben. Beydes sind Besizakte, wodurch das Eigenthum manifestirt und beurkundet wird, und die weder den Verlust, noch die Erwerbung desselben gegen den Willen des Eigenthümers zulassen.

§. 7.

Unterläßt der Eigenthümer seine Sache zu gebrauchen, und hat ein anderer entweder von einem dritten, oder wenn die Sache keine Spuren des Eigenthums an sich trägt, durch eigene Bemächtigung deren Besiz erhalten; so kann der vorige Eigenthümer sie nicht mehr zurüknehmen. Denn er hat nicht nur verabsäumt, sie zu gebrauchen, sondern sie sich auch durch keine Besizhandlung gesichert. Dagegen darf der redliche Besizer sie für die seinige halten; durch seinen Besiz hat er mehr Recht an sie, als jeder andere, den Eigenthümer nicht ausgeschlossen. Von diesem hieng es zwar ab, durch fortgesezte Besizakte es zu bleiben; so bald er aber dies unterläßt, und sich dadurch andern als Eigenthümer unkenntlich macht; so kann er hinterher die Sache einem andern, der sie eine Zeit lang redlich besizt, nicht mehr entziehen. Der Nichtgebrauch von seiner- und der Gebrauch der Sache durch rechtmäßigen Besiz von der andern Seite, hat ihn seines Rechts verlustig gemacht.

§. 8.

Man wird sich von der Wahrheit dieses Sazes leicht überzeugen, wenn man davon ausgeht,

daß Eigenthum nichts anders, als der ausschliessende rechtliche Besiz einer Sache ist. Dies aber lehrt die Entstehung und Verfolgung des Besizes. Jene, weil Eigenthum ohne Besiz nicht erworben wird; diese, weil es von demselben nie ganz getrennt werden kann. Denn wenn ihn auch der Eigenthümer der Sache einem andern überläßt, so gibt er dadurch sein Recht an den Besiz nur eine Zeit lang auf; der andere besizt durch ihn und mit seinem Willen, und kann an die Sache kein weiteres Recht ansprechen, als ihm eingeräumt worden. Daß unter diesen Verhältnissen der Eigenthümer den Besiz der Sache manifestire, ist klar.

§. 9.

Im Staat kann wohl durch positive Geseze der Eigenthümer den Besiz seiner Sache ohne Nachtheil eine Zeit lang verlieren, und der redliche Besizer innerhalb dieser Zeit dem Eigenthümer nachstehen müssen. Aber nach dem natürlichen Recht läßt sich der bloß rechtliche (intelligible) Besiz, oder das Haben der Sache in seiner Gewalt ohne wirkliche Innehabung (Detention) von dem empirischen, von Raum und Zeit abhängigen Besiz, in der Art nicht trennen, daß jener ohne diesen, und ohne die Möglichkeit des Gebrauchs der Sache fortwähren sollte.

Ich kann hier das Eigenthum einer Sache, die ich in meiner Gewalt, und worüber ich ein aus-

schließendes Dispositionsrecht habe, nicht durch meinen bloßen Willen behalten, sondern es nur in Verbindung mit dem durch Besizhandlungen sich äußernden Verhältniß der Sache zu mir als der meinigen, in der Erscheinung fortsezen. Diese zum Eigenthum nothwendige und wesentliche Manifestation schließt, so lange sie währt, die Möglichkeit des rechtmäßigen Besizes oder Gebrauchs derselben Sache von andern aus. Aber mit dem Aufhören dieser Willensäußerung durch Besizakte tritt jene Möglichkeit ein, und dann ist der bloße Wille des Eigenthümers, die Sache, die bereits ein anderer rechtmäßig besizt, wieder in seine Gewalt zu bringen, ohne rechtliche Wirkung [2]. Es wäre ein Widerspruch, die Sache als die seinige vindiciren zu wollen, nachdem der durch Nichtbeurkundung des intelligiblen Besizes (Eigenthums) verlorne empirische Besiz, die rechtmäßige Erwerbung eines andern geworden ist.

1) Diesen Saz hat auch die römische Gesezgebung bestätigt: l. 10. C. de pact. Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

2) Sollte der römische Rechtssaz: daß das Eigenthum durch bloßen Willen nicht verlohren werde, nicht vermuthen lassen, daß es auch durch bloßen Willen nicht fortwähre, und daß die Fälle, wo es ohne äußeren Gebrauch fortwährt, nur gesezliche Ausnahmen von der Regel seyen? l. 17 ff. de adq. v. amitt. poss. „dominium nihilominus ejus manet, qui dominus esse non vult.

§. 10.

Existirt also naturrechtlich kein Eigenthum ohne Besiz in der Erscheinung; so läßt sich mit Wahrheit sagen: daß das Eigenthum in dem fortgesezten ausschließenden rechtlichen Besiz einer Sache bestehe. Wollte man das Gegentheil behaupten, und nicht zugeben, daß der redliche Besizer einer Sache sie nicht als seine eigene ansehen, und den vorigen Eigenthümer von deren Besiz ausschließen könne; so würde gar keine sichere, keine peremtorische, sondern nur eine provisorische neue Ewerbung auf eine Zeit lang statt finden, weil es unmöglich wäre, diese immer auf den ersten Besizer und dessen Erwerbhandlung zurückzuführen. Auch wäre es ungereimt, dem Recht, dessen Gebrauch der Eigenthümer vernachläßigt hat, mehr Werth beylegen zu wollen, als dem Recht des redlichen Besizers, der es ausübt, und die Sache gebraucht. Der sinnreiche Kant heißt diese naturrechtliche Erwerbungsart durch Usucapion die Erwerbung durch Ersizung [1]).

1) in den metaphys. Anfangsgründen der Rechtslehre. S. 131 folg.

§. 11.

Aber immer werden die Gegner sagen: der Besiz als solcher von einer Sache, die schon jemand gehört, kann doch dem, der ihn erlangt, kein Eigenthum geben. Denn von dem Eigenthümer hat er ihn nicht erhalten, und der, von dem er

ihn hat, konnte ihm nicht ein grösseres Recht geben, als er selbst hatte; er konnte ihn nicht zum Eigenthümer machen, da er es selbst nicht war.

Auf diesen wichtigen Einwurf antworte ich: Es handelt sich eigentlich nicht von der Erwerbung des Eigenthums mit dem Besiz, sondern von dem rechtmäßig erworbenen Besiz einer Sache, und dem daraus fließenden Recht, sich darin zu erhalten, nachdem der Eigenthümer sein Besizrecht durch Unterlassung von Handlungen, die seinen Willen, Eigenthümer zu bleiben, manifestiren, verlohren hat. Denn der Verlust aus dieser Unterlassung ist der einzige Grund des rechtmäßigen Besizes dieser Sache von jedem andern. Darum aber — fahren die Gegner fort — ist der neue Besizer nicht Eigenthümer; sein rechtlicher Glaube, es zu seyn, hört auf, sobald dieser sich zeigt, und kraft Eigenthums als *Hauptrechts* das *accessorische*, nemlich den Besiz, zurükfordert. Gut: Er will also sein Recht an die *Sache*, als die seinige, geltend machen, denn an den Besizer, als *Person*, hat er kein Recht [1]. Allein dieses kann er bewiesenermaßen nur so lange, als er zeigen kann, daß diese Sache durch ausgeübte Besizakte, oder andere Verfügungen über dieselbe, noch in seiner rechtlichen Gewalt sey. Außerdem ist sein Dispositionsrecht darüber erloschen; sein *bloßer Wille*, ferner zu disponiren, legt niemanden die Verbindlichkeit auf, jenen anzuerkennen. Kurz er kann mit seinem Eigenthum

in der Idee, einen gültigen und fortgesezten Besiz in der Erscheinung, nicht unkräftig machen.

Das durch den Besiz begründete Recht, wobey die Länge der Zeit bloß zur Bestätigung der vernachläßigten Beurkundung des Eigenthums dient, sichert zugleich die Fortdauer des Besizes, und schließt, ohne irgend eine weitere rechtliche Handlung, jedermann davon aus. Der Eigenthümer kann auch nicht über Beschädigung klagen, da er sich selbst aus dem Haben der Sache in seiner Gewalt, nemlich dem Besizstande gesezt, und es dadurch andern möglich gemacht hat, diesen Besiz rechtlich zu erwerben, und anspruchsfrey zu behalten.

1) Die Nominaldefinition des dinglichen Rechts, als eines gegen jeden Besizer der Sache geltend zu machenden, ist positiven Rechtens. Dieses sieht den Besiz der Sache auch ohne Innehabung mit dem Eigenthum so verbunden an, daß es innerhalb der gesezlich bestimmten Zeit, gegen den Willen des Eigenthümers keinen andern als rechtmäßigen Besizer erkennt, folglich jenem erlaubt, seine Sache zu vindiciren, wo er sie findet. Die Person, welche sie hat, wird hier gar nicht, oder nur in so weit berücksichtigt, als zu ihrer Belehrung nöthig ist, daß das Recht des Eigenthümers nicht aufgehört habe.

§. 12.

Der Saz des natürlichen Rechts: daß der Eigenthümer zu Erhaltung seines Eigenthumsrechts es äußerlich beurkunden muß: beruht auf dem Prinzip: daß niemand gehalten ist, seinen Besiz

zu beweisen, weil die erste Besizergreifung den rechtlichen Grund der Erwerbung enthält, jeder Besizer also rüksichtlich eines andern für den ersten oder früheren gilt, bis dieser seinen älteren und nicht aufgegebenen Besiz dargethan hat. Daher auch das beati possidentes und das positive Gesez: daß der Besizer schon dadurch, daß er besizt, mehr Recht an die Sache hat, als andere, folglich bey seinem Besiz so lange geschüzt werden muß, bis ein anderer denselben durch den Beweis, daß er ein besseres Recht habe, entkräftet [1].

1) §. 4. J. de interd. l. 2. ff. uti possid. justa enim an injusta adversus ceteros possessio sit, nihil refert, qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille qui non possidet.

§. 13.

Die oben angeführte Schrift behauptet: daß das ganze Gebäude der Usucapion auf der vermutheten Verlassung und stillschweigenden Entsagung des Eigenthums beruhe, und sucht dann mit triftigen Gründen zu zeigen, daß diese Entsagung nicht anzunehmen, folglich die Usucapion keine natur- und völkerrechtliche Erwerbart sey. Da aber nach meiner bisherigen Ausführung es hiebey nicht auf den **bloßen** Willen des Eigenthümers, es zu bleiben, sondern auf **Handlungen** ankommt, die diesen Willen beurkunden, und dadurch die Erwerbung des rechmäßigen Besizes sei-

ner Sache von andern ausschließen; so heben sich mit der Unrichtigkeit der Prämissen die daraus gezogenen Schlüsse von selbst auf.

§. 14.

Der §. 16., wo der Saz aufgestellt ist: daß, wenn auch der Eigenthümer seine Sache wirklich ganz ungenüzt liegen gelassen habe, und es nicht ausser Zweifel ist, daß es in der Absicht geschah, sie gänzlich verlassen zu wollen, sie nicht für eine res nullius könne gehalten, noch von einem andern sich ihrer gültig bemächtiget werden: daß, da der Anfang des Besizes nicht rechtmäßig sey, er es auch nicht durch die Fortsezung werden, und die Länge der Zeit, das, was von Anfang gefehlt hat, niemals ersezen könne: findet schon oben seine Widerlegung. Doch bemerke ich dagegen noch weiter: daß die Besizergreifung einer Sache, die keine Spur eines Eigenthums an sich trägt, eine erlaubte, rechtmäßige und solche sey, woraus der Besizer ein Recht erlangt, sich in dem Besiz selbst gegen den Eigenthümer zu schüzen, dessen Erklärung, seine Sache nicht aufgegeben zu haben, eine protestatio facto contraria wäre, die auf keinen Fall die Kraft haben kann, einen gültigen Besiz ungültig zu machen, und den Besizer, der in keinem Rechtsverhältniß mit ihm steht, zu nöthigen, eine Sache herauszugeben, welche er durch eigene Schuld in den Zustand, als niemand gehörig zu erscheinen, gesezt, und dadurch

die rechtliche Handlung, sie in Besiz zu nehmen, veranlaßt hat.

§. 15.

Ferner wird (§. 18.) die Frage aufgeworfen; ob es dem Naturrecht und der Billigkeit gemäß sey: daß der Eigenthümer, welcher während eines gewißen Zeitraums, er sey kurz oder lang, die Rechte seines Eigenthums nicht ausgeübt hat, jedoch darthun kann, daß die Sache ihm gehöre, wegen seiner Unterlassung zurückgewiesen werde? Ich antworte; allerdings. Denn da jeder Mensch das Recht hat, Sachen, die keine Kennzeichen des Besizes von andern an sich tragen, in Besiz zu nehmen; so würde es ungerecht seyn, wenn der, welcher eine solche Sache an sich gebracht hat, sie dem jezt erst auftretenden Eigenthümer herausgeben sollte. Man konnte von ihm als Vernunftwesen nicht annehmen, daß er das zum Gebrauch bestimmte Eigenthum ungenüzt lassen würde, und wenn er dagegen behauptete: es hätte in seiner Willkühr gestanden, sein Recht zu gebrauchen oder nicht; so findet doch diese Willkühr nur so lange statt, als dadurch das Recht eines andern nicht gefährdet, und dieser ohne seine Schuld nicht in Irrthum gesezt wird. Dies ist aber hier gerade der Fall. Man kann und darf die fragliche Sache als niemanden zugehörig ansehen; und man darf sie in Besiz nehmen, der Eigenthümer kommt jezt mit seinem vermeintlichen Rechte zu spät. Der Besizer

bediente sich nur seines natürlichen Apprehensionsrechts, und wenn er sich in der Eigenschaft der Sache, daß sie herrenlos sey, irrte; so treffen die Folgen des Irrthums nicht ihn, sondern den Eigenthümer, der kein Recht hatte, ihn zu täuschen, oder in Irrthum zu sezen. Der Beweis des Eigenthums kann auch nichts helfen, nachdem er bereits das Besizrecht der Sache, und zwar durch seine Schuld, verlohren hat. Jener sieht sich nun — wenn auch nicht als Eigenthümer — doch als rechtmäßigen Besizer an, was er wider seinen Willen nicht aufhört zu seyn. Durch sein Recht des empirischen Besizes schließt er den intelligiblen des Eigenthümers nothwendig aus, weil dieser ohne Gegenstand in der Erscheinung, und ohne das Haben desselben in seiner Gewalt unkräftig ist.

§. 16.

Nach meiner Ueberzeugung hängt der Grundsaz der Heiligkeit des Eigenthums von der Heiligkeit des Besizes ab, und die Achtung für den Besizstand unter den Völkern, die gegeneinander in naturrechtlichen Verhältnissen stehen, und sich darnach behandeln, wird nur dadurch begreiflich und erklärbar: daß der rechtmäßige eine Zeit lang hindurch fortgesezte Besiz, eine naturrechtliche Erwerbungsart der besizenden Sache, Usucapion, ist. Dafür halten ihn auch Grotius, Puffendorf, Wolff, Vattel, Real ꝛc., doch ersterer [1]) mehr

aus Gründen der höheren Politik, als des Rechts; wiewohl er der rechtlichen Vermuthung für die Nichtaufgebung des Eigenthums die ihm stärker scheinende Vermuthung entgegensezt: daß jemand, der es behalten will, nicht eine lange Zeit hindurch unterlassen werde, seinen Willen auf irgend eine schikliche Weise kund zu thun.

Vattel [2]) sagt hierüber sehr richtig: „le droit capable de porter le trouble dans la societé humaine, seroit de négliger entièrement une chose, qui lui appartient, de la laisser pendant un long espace de temps sous toutes les apparences d'un bien abandonné, ou qui n'est point à lui, et d'en venir enfin dépouiller un possesseur de bonne foi." Die neueren Völkerrechtslehrer, Günther [3]) und Martens [4]), läugnen zwar die Verjährung (Usucapion) nach dem natürlichen Völkerrecht aus denselben Gründen wie ihre Vorgänger, können aber nicht in Abrede ziehen, daß die Völker älterer und neuerer Zeiten [5]) dem langwierigen Besiz große Kraft beygelegt, und daß sowohl kleinere [6]) als größere [7]) Mächte sich auf die Verjährung bezogen, ja sogar ihre Rechte gegen dieselbe ausdrüklich verwahrt haben [8]). Leztere Völkerhandlung ist um so wichtiger, da man sie zur Erhaltung seiner Rechte gegen die Usucapion für nothwendig ansieht, seitdem die völkerrechtliche Verbindlichkeit anerkannt ist: der Vermuthung des Nichtgebrauchs seines Eigen-

thums durch zeitige Erklärungen zu begegnen, um andere Nationen nicht in Schaden zu sezen [9].

1) in dem trefflichen Werk de jur. bell. et pac. L. 2. c. 4. §. 1. §. 8. n. 4.

2) in dem droit des gens §. 141.

3) Europäisch. Völkerr. II. Th. S. 117 folg.

4) Einl. in das posit. Europ. Völkerrecht. S. 75 folg.

5) Hugo Grotius führt in der bemerkten Stelle mehrere Beyspiele aus der jüdischen, griechischen und römischen Geschichte an.

6) Der Pabst in seinen Streitigkeiten mit Frankreich berief sich am häufigsten auf die Gültigkeit der Verjährung. So protestirte er wegen seines langen und ununterbrochenen Besizes von Parma und Piacenza gegen deren Abtretung im Aachner Frieden an den Spanischen Infanten, und eben so suchte man 1768 bey der abermaligen Einziehung von Avignon durch Ludwig XV., des Pabsts ruhigen Besiz von Avignon seit Philipp von Valois bis auf Ludwig XIV. geltend zu machen.

7) Z. B. Frankreich, Großbrittanien und Preußen. Lezterer widersprach im Jahr 1772 aus Veranlassung der Polnischen Theilung der Verjährung nicht überhaupt, sondern nur dem rechtmäßigen Besiz, als deren Grund.

8) So verwahrte Frankreich im Pyrenäischen Frieden v. 1659 Art. 89. seine ihm aus dem Frieden zu Vervins Art. 21. und 22. zustehende Rechte: „non obstante praescriptione quacunque aut temporis lapsu, quae allegari in contrarium possit in enumerata regna, — quocunque ex titulo id fit, cui — expresse renunciatum non fuit."

9) So führte Großbritannien seine innere Unruhen als Entschuldigung der zweyjährigen Unterlassung der Beurkundung seines Besizes der Insel St. Lucie gegen Frankreich an; mit dem merkwürdigen Beysaz: et une suspension si passagère d'un reclame actif, occasionnée par une crise de cette nature, pourroit on la considérer, comme ce *silentium scientis* et *libere volentis*, que Grotius requiert si absolument, pour constater un abandonnement parfait et volontaire? worauf Frankreich antwortete: la guerre civile d'Angleterre ne lui ôta ni la connoissance de l'établissement des François, ni la liberté de reclamer.

VIII.

Ist die Beerbung durch Testamente und Erbverträge naturrechtlich.

§. 1.

Ich hätte Bedenken getragen, über diesen Gegenstand, der insonderheit — was den ersten Theil der Frage betrifft — schon so oft behandelt und untersucht worden ist, auch meine Gedanken zu sagen, wenn es mir nicht aufgefallen wäre, daß einige Gelehrte, welche die Gültigkeit lezter Willensverordnungen nach dem Naturrecht verwerfen, worunter Achenwall [1]), Höpfner [2]), Ulrich [3]), Hoffbauer [4]), Schaumann [5]) und Hufeland [6]) gehören, die naturrechtliche Beerbung durch Verträge (pacta successoria) annehmen, ungeachtet es mir scheint, daß, um konsequent zu seyn, beyderley Art von Beerbung, oder keine, naturrechtlich behauptet und dargethan werden müsse. Gerade diese Verneinung des einen, und die Bejahung des andern Sazes, verdient eine strenge Prüfung und genaue Würdigung aller wichtigen für und wider streitenden Gründe.

1) jus nat. §. 238 — 240.

2) Naturrecht des einzelnen Menschen. §. 106. 107.

3) initia philosophiae justi. §. 300. 301 — 304.

4) in seinem Naturrecht. §§. 283. 285.

5) wissenschaftliches Naturrecht S. 196. 197., und dessen kritische Abhandlungen; Xte Abh. über die strenge naturrechtliche Gültigkeit der Testamente.

6) Lehrsäze des Naturrechts. §§. 331. 332.

§. 2.

Die Meisten, welche die Beerbung durch Testamente für eine naturrechtliche Erwerbart halten, verstehen unter Testamenten einseitige, stets widerrufliche Willenserklärungen, wodurch auf den Todesfall derjenige bestimmt wird, dem das Vermögen des Verstorbenen eigenthümlich zufallen soll (Erbe). Grotius sieht das Testament als eine Veräußerung an, und definirt es durch eine bis auf den Fall des Todes widerrufliche Alienation mit dem bis dahin sich vorbehaltenen Besiz- und Genußrecht [1]). Es scheint, als habe er die Zweifel gegen die erst nach dem Tod erfolgende Erwerbung des Eigenthums dadurch entfernen wollen, daß er dasselbe schon bey Leben, wiewohl auf Widerruf, veräußert ansieht. Nach dieser Vorstellung mußte er, sofern keine Veräußerung ohne den Willen dessen, an den veräußert wird, statt hat, das Testament für einen Vertrag halten, wodurch das Vermögen nur dem Recht nach, doch ohne Besiz und Genuß, und widerruflich bis zum Tode abgetreten wird. Da aber ein Testament kein Vertrag, geschweige ein der Beerbung wegen so künstlich ersonnener, sondern eine einseitige Wil-

lensverordnung über sein Vermögen nach dem Tode ist; so verliere ich hierüber kein Wort.

x) in jure belli et pac. L. 2. c. 7. §. 14.

§. 3.

Die Uebrigen gründen die Gültigkeit des lezten Willens, sobald er nur erweislich ist, auf die Befugniß des Eigenthümers: über sein Vermögen willkührlich zu verfügen, es also bey seinem Leben, oder auf den Todesfall, dem zu geben, welchem er will. Sie sagen: der Rechtsbestand dieses Willens hänge von der Zeit seiner Erklärung ab; ein ursprünglich gültiger Willensakt müsse es bleiben, und nur sein Urheber könne ihn zurüknehmen oder aufheben. Durch diesen Willen gehe im Moment des Todes das Eigenthum des Testirers auf den Erben über, sobald dieser seine Ernennung erfahre, und Erbe seyn wolle. Der Zeitpunkt des Todes und der Annahme des lezten Willens (Erbschafts-Antretung) sey für einen zu halten; bis zu jenem sey der Verstorbene Eigenthümer geblieben, und in diesem sey es der Erbe geworden. Niemand anderer könne es werden, als der, den ein gültiger lezter Wille dazu ernenne. Wer sich also der Verlassenschaft früher bemächtige, besize sie mit Unrecht, und sey schuldig, sie dem Erben als Eigenthümer herauszugeben, dem kraft Eigenthums auch der Besiz, und allein das Recht zustehe, ihn zu ergreifen. Erst wenn der Erbe sie nicht wolle,

verliere das Testament seine Kraft, und die Erbschaft könne als herrenlos von dem Ersten Besten in Besiz genommen, und sich zugeeignet werden.

§. 4.

Heydenreich[1]) und Kant[2]) nahmen diese Meinung auch an, nur aus verschiedenen Gründen. Jener bietet seinem nicht gewöhnlichen Scharfsinn auf, zuerst um die Argumente gegen die naturrechtliche Gültigkeit der Testamente zu entkräften; dann führt er für diese folgenden Beweis: „Der Mensch darf nach den beyden ursprünglichen „Rechten, dem Recht auf Freyheit in der Aeusse„rung seiner Vermögen, und dem Recht auf die „Sachen der wirklichen Welt, bestimmtes Eigen„thum erwerben. Zueignen heißt: eine Sache „nach Substanz und Nuzung meinem Willen als „Mittel für dessen Zweke ausschließlich unterord„nen. In Besiz nehmen heißt: eine Sache in „dasjenige Verhältniß gegen seine Kräfte sezen, „wo man sich ihrer als Mittel für seine Zweke „ausschließlich bedienen kann. Da das Zueignungs„recht keineswegs von Bedürfnissen des zeitlichen „Lebens, der Bemächtigung oder Stärke abhängt; „so ist darin ein durch keine Gränzen der Zeit ein„geschränkes Verfügungsrecht über das Meine, „folglich auch das Recht enthalten, einseitig zu er„klären, auf wen nach meinem Tode das Meinige „übergehen solle. — Aus dieser einseitigen Erklä-

„rung entstehen Zwangsrechte für den, den sie be„trifft, und vollkommene Pflichten über andere, „wenn sich nur beweisen läßt: daß der Mangel „der Acceptation die Gültigkeit der Erklärung nicht „aufhebt, und dies läßt sich beweisen. Denn Ac„ceptation ist nur dann nothwendig, wenn der „Versprechende unter der Bedingung ihres Daseyns „verspricht und sie erwartet. Wenn dieser aber „selbst die Acceptation vor einem gewissen Zeit„punkt nicht erfolgt wissen will, und bloß erklärt, „daß, im Fall zu selbigem Zeitpunkt der Andere „acceptiren werde, das Eigenthumsrecht auf ihn „übergehen solle, so hebt die Ermanglung der An„nahme vor diesem Zeitpunkt die Gültigkeit der „Erklärung nicht auf." — Heydenreich leitet also das Verfügungsrecht über das Vermögen nach dem Tode aus dem durch keine Gränzen der Zeit eingeschränkten Eigenthum her, und glaubt: daß die einseitige Erklärung aus jenem, für den Erben Zwangsrechte, und für alle andere Zwangspflichten begründe. Sein Raisonnement, welches Schaumann [3]) nur zum Theil, und nicht bündig genug widerlegt hat, soll unten gewürdiget werden.

1) In den besondern Exkursen seines Systems des Naturrechts. I. Th. 1ste Exk. S. 239—268.

2) in der Rechtslehre. S. 134 folg.

3) in der Xten seiner krit. Abh.

§. 5.

Der Königsberger Weise, den die Argumentation seiner Vorgänger nicht befriedigt haben mag, drükt sich so aus:

„Es ist möglich, durch Erbeseinsezung zu er„werben. — Zwar kann durch den bloßen ein„seitigen Willen nichts auf den Andern über„gehen, sondern es wird über dem Versprechen „dazu noch Annehmung (acceptatio) des andern „Theils, und ein gleichzeitiger Wille erfordert, wel„cher jedoch hier mangelt, weil nur auf den Fall „des Todes versprochen worden ist. — Aber der „Eingesezte erwirbt doch stillschweigend ein eigen„thümliches Recht in der Verlassenschaft als ein „Sachenrecht, nemlich ausschließlich sie zu accep„tiren. Da nun jeder Mensch nothwendigerweise „(weil er dadurch wohl gewinnen, nie aber verlie„ren kann) ein solches Recht auch stillschweigend „acceptirt, und der Erbe nach dem Tode des Ver„sprechenden in diesem Fall ist, so kann er die „Erbschaft durch Annahme des Versprechens er„werben, und sie ist nicht etwa mittlerweile herren„los (res nullius), sondern nur erledigt (res vacua) gewesen, weil der Erbe ausschließlich das „Recht der Wahl hatte, ob er die hinterlassene „Sache zu der seinigen machen wollte, oder nicht."

Das Eigenthümliche dieser subtilen Meinung ist: daß der Erbe durch das Testament ein eigenthümliches Recht an der Verlassenschaft, sie aus-

schließlich zu acceptiren, stillschweigend erwerbe, und daß er es wirklich stillschweigend acceptire. Sie verdient gleichfalls eine genaue Untersuchung.

§. 6.

Zwar ist sehr begreiflich, wie aus den Säzen: — ein ursprünglicher gültiger Willensakt muß es bleiben — der Eigenthümer kann nach Willkühr über sein Vermögen verfügen — sein Verfügungsrecht ist durch keine Zeit beschränkt, also kann er sein Eigenthum entweder bey seinem Leben, oder erst auf den Fall des Todes an einen Andern überlassen; — durch diese Ueberlassung und deren ausdrükliche oder stillschweigende Annahme geht auf den Erben das Eigenthum über; — sie legt allen die Verbindlichkeit auf, dessen Recht anzuerkennen, und niemand hat ein Recht, Sachen, die nie herrenlos waren, als res nullius zu besizen; — wie hieraus die Meinung der naturrechtlichen Gültigkeit der Testamente entstehen, viele Anhänger finden konnte, und sich mit großem Schein rechtfertigen ließ. — Aber weniger begreiflich ist es, den so natürlichen Gedanken dabey zu vergessen, daß der Mensch nur im Verhältniß zu Menschen, und in seiner Verbindung mit der Sinnenwelt, Pflichten und Rechte hat; daß mit dem Tode seine Menschheit und Persönlichkeit aufhört, ohne welche die Fortdauer eines rechtlichen Zustandes mit Seinesgleichen ein Widerspruch ist; es ist schwer

einzusehen, wie man annehmen konnte: daß der Wille des Menschen, der nur durch äußere Handlungen Rechte erwerben und behaupten kann, dessen einseitige Erklärung selbst im Leben unverbindlich ist, auf den Fall des Todes Rechte und Verbindlichkeiten erzeugen soll?

§. 7.

— Aber die Willensäußerung des Eigenthümers über sein Vermögen nach seinem Tode ist immer eine gültige Handlung; diese dauert, wenn er sie nicht widerrufen hat, fort, und muß als solche, sobald der Erbe sie befolgen will, von jedermann anerkannt werden. — Ich antworte: sie ist in so fern gültig, als niemand, der davon weiß, etwas dagegen einwenden, den Eigenthümer und Testirer daran hindern, und ihn abhalten kann, sie abzuändern, oder wieder aufzuheben; sie verdient also dieselbe Rüksicht und Achtung, wie jede andere erlaubte Handlung des Menschen, dessen Daseyn und Freyheit sie manifestirt. Doch kann aus ihr, als einer einseitigen Erklärung, weder ein Recht für den, zu dessen Besten sie geschieht, noch eine Verbindlichkeit für andere entstehen. Denn vor dem Tode des Testirers hat der Erbe so wenig ein Recht an dessen Vermögen: daß, wenn er auch dessen lezten Willen schon vorher wußte, die frühere Annahme desselben selbst nach der Intention des Erbsezers ungültig seyn würde.

Mit dem Tod aber hört dieser auf, Eigen-

thümer zu seyn, ohne daß es der Erbe noch ist. Ja wenn lezterer auch, vor Besizergreifung der Verlassenschaft durch andere, erklärte: daß er Erbe seyn wolle; so legt seine bloße Erklärung anderen keine Pflicht auf, ihn dafür anzuerkennen. — Aber diese Erklärung stimmt doch jezt mit dem erklärten Willen des Testirers zusammen, woraus das Recht auf die Erbschaft entspringt. — Keineswegs: sie kam immer zu spät: denn der Erbe konnte von dem Testirer kein Vermögen in einem Zeitpunkt empfangen, wo dasselbe ihm nicht mehr gehörte, und herrenlos war.

§. 8.

Allein gerade dies läugnet Heydenreich, da er dem Eigenthümer ein durch keine Gränzen der Zeit eingeschränktes Dispositionsrecht einräumt, womit dieser so weit hinaus verfügen könne, als seine der Vernunft gemäße Entwürfe reichen. Doch diesen Saz hat er durch seine Gründe nicht erwiesen. Denn da mit dem Tode des Menschen, der nur in der Erscheinung oder Sinnenwelt lebt, und nur als solcher Rechte und Eigenthum hat, sein ganzes rechtliches Verhältniß nothwendig aufhört; so ist auch sein Dispositionsrecht über sein Vermögen an die Zeit seines Daseyns auf Erden gebunden und auf diese beschränkt. Fällt ihm auch ein zu verordnen: ich will, daß nach meinem Leben Cajus meine ganze Habe besize, oder mein Erbe sey; so kann zwar niemand

an diesem Wollen ihn hindern; aber der mit seiner Habe in Verbindung gesezte Wille kann sich nicht länger kräftig erweisen, als diese sein ist. Mit seinem Leben hört sein Eigenthum auf, dem in der Erscheinung noch vorhandenen Willen fehlt der Gegenstand seiner Verordnung; er ist seiner Wirkung beraubt, weil kein durch ihn Berechtigter vorhanden, der ihn aufrechthalten und vollziehen könnte.

§. 9.

Die Gründe für das durch keine Zeit begränzte Dispositionsrecht des Eigenthümers sind von keinem Gewicht. Der erste soll in dem Recht der Zueignung liegen. Diese gehe über die Gränzen des möglichen Besizes hinaus; das aus jener entspringende Eigenthum und das Dispositionsrecht darüber könne also auf die Zeit des möglichen Besizes nicht eingeschränkt seyn. Die Richtigkeit der Prämisse will aus dem Uebergang des Eigenthumsrechts auf den andern durch den bloßen Willen, und daraus deducirt werden: „daß, „wenn das Dispositionsrecht nur bis an die Gränzen des eigenen zeitlichen Lebens reichte, auch das „Recht, welches durch einen Verkauf oder Schenkungsvertrag auf den andern übergeht, nur bis „zu dem Tode des Verkäufers oder Schenkers „gültig seyn könne, indem diesem nicht mehr Recht „übertragen seyn kann, als er selbst hat, das Eigenthum also mit dessen Tode aufhören soll.“

§. 10.

Der erste Saz ist unerweislich, und nach meiner Ueberzeugung unrichtig. Das Eigenthum entspringt naturrechtlich aus dem Besiz, und geht durch bloßen Willen an einen andern nie über. Ohne den möglichen Besiz der Sache, die mein seyn soll, bin ich nicht Eigenthümer; in diesen Besiz muß der Eigenthümer mich sezen, und erst durch die Uebergabe der Sache, als der nothwendigen Manifestation seines Willens von ihrer Abtretung an mich, kommt sie in meine rechtliche Gewalt, und wird mein Eigenthum; mein vorher bloß persönliches Recht wird nun ein dingliches. Diese Vorstellungsart ist nicht, wie Heydenreich meint, aus dem Civilrecht entlehnt, sondern durch die Vernunft gegeben, und ohne sie herrscht Undeutlichkeit in den ersten Rechtsbegriffen. Vielmehr scheint mir der Uebergang des Eigenthums durch bloße Willenserklärung ein Saz zu seyn, der zu Erleichterung des Verkehrs im Handel und Wandel, besonders zwischen Bürgern verschiedener Staaten, mehr aus politisch- als rechtlichen Gründen erst eingeführt worden ist.

Eben so wenig beweist der zweyte Saz für die Prämisse. Denn entweder ist dem Käufer und Donatar die verkaufte oder geschenkte Sache von dem Eigenthümer übergeben worden, oder er hat blos ein Vertragsrecht gegen den Promittenten erworben. Im ersten Fall ist er an dessen Stelle als Eigen-

thümer getreten; im zweyten ist sein Recht zugleich mit der Verbindlichkeit des Eigenthümers durch dessen Tod naturrechtlich erloschen. Die versprochene, aber im Leben nicht übergebene Sache, ist nun gleichfalls res nullius geworden, und der Promissar kann sein, einzig und allein gegen den nicht mehr vorhandenen Promittenten, erworbenes Recht nicht gegen andere gebrauchen, um sich die herrenlose Sache vorzugsweise, und mit ihrer Ausschließung zuzueignen.

§. 11.

Nicht mehr Beweiskraft hat der zweyte Grund von der Nichtanerkennung des Testaments, woraus die Nichtanerkennung des Testirers als Zweks an sich, und die pflichtwidrige Verlezung seines rechtmäßigen Willens zur Realisirung der Zweke des Eigennuzes, gefolgert wird. — Der Mensch ist zwar Seinesgleichen und ihren Willen im Leben anzuerkennen, und zu achten schuldig. Aber nur so lang er lebt, kann er als Zwek an sich und als selbstständiges Wesen diese Achtung verlangen, mit seinem Tode hört der Gegenstand derselben auf. Seine ihn überlebende verdienstliche Handlungen achtet man zwar auch, aber nur durch freywillige Huldigung. Dagegen begründen andere Willensakte als bloß einseitig, nicht einmal im Leben, geschweige im Tode, ein Recht; es kann also von pflichtwidriger Verlezung des

Willens des Testirers, da, wo keine Verbindlichkeit ist, die Rede nicht seyn.

§. 12.

Noch unbedeutender ist der dritte Grund: „daß der, welcher ein Testament bricht, denjeni„gen, zu dessen Besten testirt worden, geradezu „als Mittel für seine beliebige Ansicht behandle, „indem er das an sich reißt, was vor ausdrük„licher Erklärung der Richtannahme von „Seite desselben von keinem andern Menschen sich „zugeeignet werden konnte, und nach ausdrük„licher Erklärung der Annahme ihm als Ei„genthum zufiel."

Erstlich ist der Ausdruk: wer ein Testament bricht: ganz unpassend, da es nicht durch die Ueberlebende gebrochen oder rumpirt wird. Denn für diese ist die Testamentshandlung des Verstorbenen ein zufälliger und gleichgültiger Umstand, den sie entweder nicht wissen oder ignoriren. Genug, wenn ihnen bekannt ist, daß die vorhandene Habe ihren Eigenthümer verlohren, und daß nun jeder von ihnen sie sich zueignen kann. Wer dies zuerst thut, bedient sich eben des Rechts, dessen sich auch der vergeblich eingesezte Erbe hätte bedienen können, dem ein anderer zuvorgekommen ist. Dieser entzieht jenem, der kein besseres Recht hat, durchaus nichts. Gesezt aber auch, der Erbe hätte die Verlassenschaft des Testirers bey dessen Leben auf den Fall des Todes angenommen, und da-

durch ein persönliches Recht erworben; so ist doch dieses mit dem Tod des Erbsezers erloschen; und ein dingliches konnte er nicht eher erwerben, als nach geschehener Besiznahme und Zueignung.

§. 13.

Wenn also durch den an sich gültigen Willen des Testirers kein Eigenthumsrecht an den Erben übergeht, weil die Willenserklärung mit dem Tod des Wollenden unwirksam wird, weswegen auch ihre Annahme durch den Erben kein Recht auf die Verlassenschaft zu erzeugen vermag; so verdient der Saz: daß der Augenblik des Todes und der Beerbung durch Annahme, für einen und denselben zu halten sey, wäre er auch mehr, als eine Fiktion des römischen Rechts, gar keine Rüksicht; weil durch den bloßen Willen, geschweige durch einseitigen, wie bey Testamenten, kein Eigenthum übergeht.

§. 14.

Merkwürdig ist es, daß Kant eine Beerbung nach dem natürlichen Recht annimmt, und doch zugiebt, daß durch bloß einseitigen Willen kein Recht auf Andere übergehe; daß auch kein Vertrag existire, weil dazu ein gleichzeitiger Wille erfordert werde, welcher hier mangle, da nur auf den Fall des Todes versprochen worden sey. Nach seiner Ansicht soll diese Beerbung, auf der Erwerbung des eigenthümlichen Rechts des Erben an der Verlassenschaft, sie ausschließlich zu acceptiren,

und auf der stillschweigenden wirklichen Acceptation beruhen.

Nur ein feines Spiel der Einbildungskraft konnte eine Darstellung erzeugen, an der man die Realität vermißt. Auch mit dem scharfsinnigen Gedanken: daß der Erbe durch die Einsezung ein ausschließliches Recht der Wahl erwerbe, ob er die Verlassenschaft zu seinem Eigenthum machen wolle, oder nicht, läßt es sich nicht wohl vereinigen, daß dieses Recht, die Erbschaft ausschließlich zu acceptiren, ein eigenthümliches Recht an die Verlassenschaft, oder ein Sachenrecht seyn, und daß es stillschweigend acceptirt werden könne.

§. 15.

Durch den bloß einseitigen Willen kann nichts auf den andern übergehen, und doch soll der Erbe dadurch ein Sachenrecht an die Verlassenschaft, nemlich das ausschließliche Acceptationsrecht, und zwar stillschweigend erwerben. Entweder muß dieses Recht, da kein gleichzeitiger Wille da ist, durch den einseitigen Willen übergehen, oder die Erwerbung des Rechts ist unmöglich. Der Testirer kann zwar die Acceptation des Erben voraussezen, aber dieser kann, wenn durch einseitigen Willen nichts übergeht, auch nichts — ausdrüklich oder stillschweigend — acceptiren, folglich auch nicht das ausschließliche Recht der Wahl, wozu er zwar nach dem Testament, aber nicht vor dem Tode des Testirers befugt ist. Hier scheint ein

Widerspruch zu seyn, den ich nicht zu heben weiß. Ausserdem ist eine stillschweigende Annahme der Verlassenschaft als Sache denkbar, aber nicht die stillschweigende Acceptation eines Rechts, wenn sie nicht dasselbe seyn soll. Denn worin soll sie bestehen? In dem bloßen Stillschweigen kann sie nicht liegen, denn dieses läßt das ausschließliche Wahlrecht des Erben unentschieden. Hat sie aber Kant doch darein gesezt; weil der Erbe dadurch wohl gewinnen, nie verlieren kann; so kann dieses Recht, so fern es auf dem lezten Willen und dessen stillschweigender Annahme beruht, kein anderes, als ein persönliches [1]) seyn, weil ein dingliches ohne Besiz der Sache, oder ohne Haben derselben in rechtlicher Gewalt, nicht erworben wird. Dieses erwirbt auch der Erbe nur durch die Besiznahme der Verlassenschaft; und wenn er sie sich dadurch zueignet, dann schließt er alle andere durch diesen Akt, und nicht durch ein früheres Recht aus. Denn wenn sich auch lezteres aus einer vermeintlichen stillschweigenden Acceptation herleiten ließe; so wäre es doch mit der Person des Testirers, gegen den es allein stattfinden konnte, nothwendig erloschen.

1) Kant selbst behauptet in seiner metaphys. Rechtslehre S. 102. §. 4.: daß eine Sache nicht durch Annehmung des Versprechens, sondern nur durch Uebergabe des Versprochenen erworben, und daß ein persönliches Recht nur durch die Tradition ein dingliches werde.

§. 16.

Diejenigen neueren Schriftsteller, welche die naturrechtliche Beerbung durch Testamente hauptsächlich auf das Recht des Eigenthümers gründen, über sein Vermögen so weit zu verfügen, als seine der Vernunft gemäße Zweke denkbar reichen können [2]), nahmen dieses Recht schon als ausgemacht an, und berüksichtigten dabey nicht den wesentlichen Unterschied zwischen dem Recht der lezten Willensverordnung, oder der Freyheit, sie zu errichten, und zwischen der Möglichkeit des Zwangs, oder der rechtlichen Behauptung derselben gegen die Ansprüche anderer. Dieses Zwangsrecht hat nur der über sein Vermögen disponirende Eigenthümer gegen die, welche ihn daran hindern; es hört mit ihm nothwendig auf, und kann von dem Erben, der als solcher nicht Eigenthümer ist, folglich kein aus dem Eigenthum entspringendes Zwangsrecht hat, auch nicht geltend gemacht werden. Dem Testirer steht allerdings frey, den Zwek seiner Disposition über sein Leben hinaus zu erstreken, und durch keine Zeit zu beschränken. Allein sein Eigenthum nebst der darauf sich beziehenden Willensverfügung, und die Pflicht anderer, diese anzuerkennen, sind von seinem irrdischen Daseyn unzertrennlich. Sollen beyde, wie seine Zweke, darauf nicht eingeschränkt seyn; so ist dazu ein Gesammtwille erforderlich, der die Wirksamkeit des lezten Willens über das Leben des Disponenten hin-

ausreichen läßt, und diese, zu Begründung des Erbrechts, und Ausschließung aller andern von der Verlassenschaft des Verstorbenen, ausspricht. Das römische Recht gieng von derselben Ansicht aus, wenn es in früheren Zeiten und vor dem Zwölftafelngesez, die Gültigkeit des Erbrechts aus Testamenten, von der Einwilligung des in comitiis calatis versammelten Volks abhängig machte.

1) Unter diese gehört auch Tafinger in den Lehrsäzen des Naturrechts S. 183 folg.

§. 17.

— Doch wird durch Erbverträge im Naturzustande ein Successionsrecht erworben. — Dies behaupten die meisten, welche die testamentliche Beerbung läugnen [1]), wegen des unwiderruflichen Rechts, das der durch den Vertrag auf den Fall des Todes bestimmte Erbe, aus dem angenommenen Versprechen des Eigenthümers auf dessen Vermögen erhalte. Sie sagen: von dem Augenblik des gültig errichteten Erbvertrags, entstehe ein Zwangsrecht gegen den Eigenthümer, nichts zu verfügen, was demselben nachtheilig sey, und von dem Augenblik seines Todes, ein Zwangsrecht des Erben gegen jeden dritten, ihn dafür anzuerkennen, und sein erworbenes Eigenthum ungestört besizen und gebrauchen zu lassen. Dieses Recht sey kein bloß persönliches, sondern ein dingliches, da die mit der Zusage verbundene Erklärung des

Promittenten: daß von seinem Tode an der Acceptant ausschließlich über sein Vermögen zu disponiren haben solle: die Stelle der Uebergabe vertrete, und ihn sofort zum Eigenthümer mache.

1) Hiervon machen eine Ausnahme Madihn in den Grunds. des Naturrechts, Klein in den Grundsäz. der natürl. Rechtswiss. § 296. 297. und Groß in seinem Lehrbuch der philos. Rechtswiss. §. 215., welche beyderley Beerbungsarten nach dem Naturrecht verwerfen.

§. 18.

Zwar tritt bey Beerbung durch Testament und durch Erbvertrag der Unterschied ein: daß dort der eingesezte Erbe gar kein Recht, hier aber ein Vertragsrecht erworben hat. Doch ist dasselbe bloß wirksam gegen den Erbversprecher, weil dieser allein sich gegen den Acceptanten verbindlich machte, und dadurch seiner Willkühr in Verfügung über sein Vermögen auf den Fall des Todes entsagte. Dies und nichts weiter enthält das Recht des vermeintlichen Erben. So wenig aber der einseitige Wille des Testirers seinen Mitmenschen eine Verbindlichkeit auflegen, oder sie ihres Rechts der Bemächtigung von herrenlosen Sachen berauben kann; eben so wenig vermag dies der vereinigte Wille der einen Erbvertrag schließenden Theile, weil er in Rüksicht aller andern gleichfalls einseitig ist. Er konnte sie bey Leben der Paciscenten nicht verbinden, um wie viel weniger nach dem

Tode eines derselben. Mit diesem wird das Recht des andern unwirksam; es hört auf, da die Person nicht mehr ist, in deren Verbindlichkeit, ihn durch Uebergabe ihres Vermögens zum Eigenthümer zu machen, sein Recht besteht. Wäre dies noch im Augenblik des Sterbens geschehen, dann wären alle andere davon ausgeschlossen, aber nicht durch Erb- sondern durch Eigenthumsrecht. So aber bleibt deren Recht, sich des Vermögens zu bemächtigen, das weder Eigenthümer, noch Besizer hat, ungeschmälert.

Könnte aber auch — was eine bloße Fiktion ist — die Erklärung des Promittenten: daß von seinem Tode an nur der Acceptant sein Erbe seyn solle: für eine Vermögensübergabe gelten; so wäre dieser darum doch nicht Besizer, er hätte das ihm eigenthümlich zugefallene Vermögen noch nicht in seiner Gewalt, und andere wären von ihrem Recht der Besiznehmung desselben, so lange nicht abzustehen verbunden, bis sie jene Erklärung als Uebergabe anerkannt hätten.

§. 19.

Für mich war die genauere Untersuchung beyder Gegenstände in naturrechtlicher Hinsicht doppelt wichtig. Denn ich habe dadurch — was vorher nicht der Fall war — feste Ueberzeugung erhalten, daß beyde kein Erbrecht begründen, und dann die lehrreiche Bemerkung erneuert, wie höchst vorsichtig man in Aufstellung solcher Rechtssäze seyn

müſſe, von welchen, je nachdem ſie wahr oder falſch ſind, ſo manche andere richtige oder unrichtige Folgebegriffe abhängen. Nie hätte die Meinung von der Gültigkeit der Teſtamente nach dem Naturrecht ſo großen Eingang finden können, wenn man das reine Vernunftweſen von dem Menſchen geſondert, und, durch einen hellen und anſchaulichen Begriff vom Eigenthum, die Wahrheit aufgefaßt hätte: daß daſſelbe durch bloße Willenserklärung weder übertragen noch erworben werde. Nie hätten diejenigen, welche die Ungültigkeit der Teſtamente behaupteten, ein Erbrecht aus Verträgen annehmen können, wenn ſie ſich beſtimmte Begriffe von perſönlichem und dinglichem Rechte gemacht, und wenn nicht dieſe oder jene, durch große Autoritäten bewogen, als entſchieden angenommen hätten, — was doch ganz unrichtig iſt: — daß nemlich aus bloßen Verträgen dingliche Rechte entſtehen, oder daß dadurch ein Eigenthum übertragen werde. Auch hätte, abgeſehen von dem römiſchen Recht, eine ſorgfältige Entwiklung des Begriffs (Erbe) ſchon Mißtrauen gegen jene Behauptungen erregen müſſen, da man ſich doch darunter nichts anders, als den Nachfolger in die ganze Verlaſſenſchaft des Verſtorbenen vorſtellen kann. In derſelben iſt aber nicht bloß eigenes, ſondern auch fremdes Vermögen z. B. geliehene, hinterlegte ꝛc. Sachen enthalten. Dieſe muß der Erbe ihren Eigenthümern zurükgeben.

Er erbt also nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten. Zu deren Erfüllung ist er gehalten, weil der Verstorbene es war, und weil er dessen Verlassenschaft unbedingt annahm. In Ansehung derselben stellt er dessen Person vor. Ueber die Leistung der Pflichten an andere, die er für seine Person nicht übernahm, und über die Entsagung des Rechts eines jeden auf die Besiznahme des ohne Eigenthümer zurükgelassenen Vermögens, schien das gegenseitige Interesse zu fordern, daß ein gemeinschaftlicher Wille, das Recht der Beerbung aus Testamenten und Verträgen, als eine gültige Erwerbart der Verlassenschaft des Verstorbenen mit allen darauf haftenden Rechten und Verbindlichkeiten festsezte, was in dem römischen Staat, nur rüksichtlich der lezten Willen, durch eine so vorsichtige und ausführliche, als scharfsinnige Gesezgebung geschah.

IX.

Die sogenannte vermuthete Einwilligung gehört in's Naturrecht.

§. 1.

Es wird fast allgemein angenommen, daß die vermuthete Einwilligung (consensus praesumtus) kein Recht begründe. Man führt für diese Behauptung an: daß eine bestimmte Verbindlichkeit nur aus gegenseitiger ausdrüklicher oder stillschweigender Willenserklärung entspringe. Aber dies ist gerade der zu erweisende Saz. So fern der Mensch die vernünftige Thätigkeit von Seinesgleichen anzuerkennen oder zu achten hat, sie mag nun für ihn selbst, oder zum Besten eines andern verwendet worden seyn; so scheint auch der Andere durch diese Verwendung unter gewißen Umständen verbindlich werden zu können.

§. 2.

Vermuthete Einwilligung ist im Gegensaz der stillschweigenden diejenige, welche nicht aus einzelnen sprechenden (konkludenten) Handlungen, sondern aus der ganzen Handlungsweise des Menschen als Vernunftwesens geschlossen wird. In Fällen nemlich, wo einer ohne Wissen des Andern zu dessen Besten, und um ihn vor Schaden zu bewahren, handelt, weil er annehmen muß, daß dieser, ohne seine vernünftige Natur zu verläugnen, eben so gehandelt haben würde, und in

Fällen, wo sich jemand durch die Handlungen anderer gegen deren Willen bereicherte, tritt dort die Verbindlichkeit ein, Fakta, wodurch der Andere mein Bestes befördert hat, anzuerkennen, und hier, den Handelnden nicht im Schaden zu lassen.

§. 3.

Wer wird z. B. in Abrede ziehen: daß der, welcher bey einem Brand herbeyeilt, und das Haus nebst den Effekten seines abwesenden Nachbarn zu retten sucht, zu dieser Handlung berechtiget war, und wer wollte an der Pflicht des lezteren zweifeln, sie als die seinige anzusehen, und den nothwendigen Aufwand zu tragen, oder zu vergüten, welchen jener für ihn und zu seinem Besten gemacht hat. Er kann sich dieser Pflicht nicht entziehen, ohne sich zum Richter über diese Handlung aufzuwerfen, und ohne, wenn er sie nicht ganz, sondern nur das für ihn Nüzliche derselben anerkennen wollte, aus dem Schaden des andern Nuzen zu ziehen.

§. 4.

Man wird dagegen einwenden: Er hat doch auf keine Weise sich durch eine Willenserklärung verbindlich gemacht. Ich gebe dies zu, aber ich läugne: daß es in dergleichen Fällen einer besondern Willenserklärung bedarf. Hier fließt die Verbindlichkeit aus dem allgemeinen Willen der Menschen, und ihrem gegenseitigen Recht, für Vernunft=

wesen gehalten, und als solche behandelt zu werden. Denn, da der Mensch sein eigenes Beste will; so will er auch, daß, wenn er es nicht selbst bewirken, und den Schaden nicht durch sich selbst abwenden konn, dieses Andere aus dem Prinzip der Gleichheit für ihn, und statt seiner, thun. Wer also einem Andern, da, wo er selbst nicht kann, durch seine Thätigkeit nüzlich wird, darf die Einwilligung des Andern in diese, und dessen Verbindlichkeit durch diese, voraussezen, oder vielmehr sie als nothwendige Folge jenes allgemeinen Willens annehmen, womit dessen einzelne Aeusserungen zu solchem Zwek übereinstimmen müssen. Man sollte daher diese Art von Einwilligung keine vermuthete, sondern eine aus allgemeinen Vernunftgründen angenommene oder vorausgesezte Einwilligung heißen; da das Wort vermuthen etwas ungewißes und problematisches hat, und da diese nicht, wie jene, von Umständen, sondern von einem Prinzip abhängt, folglich immer wahr und gewiß ist. Vielleicht ist die unrichtige Benennung eine der Ursachen, warum man bisher im Naturrecht nur da eine Verbindlichkeit statuirte, wo eine unbezweifelte ausdrükliche oder stillschweigende Willenserklärung vorhanden ist.

§. 5.

Außer der besonderen Willenserklärung, die man allein für den Grund der Verbindlichkeiten ansah, gibt es also noch eine allgemeine,

woraus Verbindlichkeiten entspringen; und so wie jene in Worten oder Handlungen liegt; so liegt diese in der Handlungsweise des objektiv vernünftigen Willens, welche, in Ansehung der Erhaltung seiner Person und Sicherung seines Eigenthums, allgemein und gleichförmig ist. Daher die Verbindlichkeit aus Handlungen, welche für andere und zu deren Nuzen deswegen geschehen, weil von diesen als Vernunftwesen vorausgesezt werden darf, daß sie gegenwärtig, und um die Sache wissend, eben so gehandelt hätten. Wozu nun eine besondere Einwilligung da, wo schon der allgemein vernünftige Wille die Verbindlichkeit aus den Handlungen anderer zum Besten von Ihresgleichen ausspricht?

§. 6.

Vielmehr würde es unvernünftig und widerrechtlich seyn, Handlungen, wozu man selbst verpflichtet ist, und die man wegen seines eigenen Interesse nie unterläßt, als unverbindlich ansehen zu wollen, wenn sie von andern da, wo wir nicht selbst thätig seyn können, zu unserem Besten geschehen. Wenigstens halte ich den Schluß aus der dem Menschen natürlichen Handlungsweise auf seinen Willen: die in deren Gemäßheit zu seinem Besten geschehene Handlungen für die seinigen anzuerkennen: für eben so bündig, als den Schluß aus gewißen einzelnen Handlungen des Menschen, auf seinen darin liegenden stillschweigenden Willen.

Oder ist die Voraussezung: daß der Gläubiger durch freywillige und wissentliche Zurükgabe des Schuldscheins seiner Forderung aus demselben entsage, rechtlicher begründet, als daß derjenige, zu dessen Besten ich handelte, weil er nicht handeln konnte, der aber unter denselben Umständen, ohne seine Natur zu verläugnen, eben so handeln mußte, mir durch diese Handlung verbindlich werde? Ich glaube nicht. Durch jene Handlung wird ein Recht aufgegeben, und durch diese eines erworben. Dort wird der besondere Wille, die Schuld zu erlassen, faktisch erklärt; hier ist in dem allgemeinen Willen der Anerkennung vernünftiger Thätigkeit schon die Einwilligung in deren nüzliche Verwendung für andere enthalten, und die Verbindlichkeit durch die mit jenem allgemeinen Willen übereinstimmende Handlung erwiesen.

§. 7.

Man kann auch so sagen: das Recht aus Handlungen gegen einen dritten, der sie, ohne der Vernunft zu widersprechen, selbst nicht hätte unterlassen können, fließt theils aus der Handlungsfreyheit, theils aus dem Begriff der Gerechtigkeit, dem es zuwider seyn würde, die überwiegenden Vortheile fremder zu unserm Besten verwendeter Thätigkeit sich zuzueignen, und den Verlust, ohne welchen jene nicht zu erhalten waren, nicht tragen zu wollen. Dies hieße das allgemeine Recht

verspotten, und die in der Natur des Menschen liegende Handlungsweise aus bloßem Eigennuz zum Schaden anderer entehren.

§. 8.

Hieraus ist zugleich klar: daß dieses Recht nicht aus der vermutheten Einwilligung dessen, dem ohne sein Wissen fremde Thätigkeit nüzt, sondern einzig und allein aus der allgemeinen Pflicht der Anerkennung vernünftiger Thätigkeit fließe, welche, durch Verwendung zum Nuzen anderer, für diese zur besondern Verbindlichkeit wird. Ihr entspricht dann das Recht des Verwenders auf Erstattung derjenigen Kosten, die von seiner nüzlichen Handlung unzertrennlich, und zu Erhaltung des fremden, wie seines Eigenthums nothwendig waren. Die Verbindlichkeit zu diesem Ersaz bleibt auch dieselbe, wenn gleich der von dem Handelnden für den dritten intendirte Nuzen nicht erreicht worden ist; vorausgesezt: daß der dritte, wenn er selbst hätte handeln können, sich diesen bey demselben Aufwand auch nicht verschafft haben würde. Der zufällige von dem Handelnden nicht abhängige Erfolg kann, so bald einmal die nothwendige Verwendung zum Besten des dritten geschah, keine Veränderung in der Verbindlichkeit bewirken.

§. 9.

Demnach werden positive Verbindlichkeiten naturrechtlich begründet nicht nur durch ausdrük-

liche und stillschweigende Willenserklärung, sondern auch durch Handlungen, welche, ohne besondere Einwilligung, schon nach dem allgemein vernünftigen Willen, als dem Gesez verbindlicher Thätigkeit, rechtliche Verhältnisse erzeugen. Unter diese Arten von Handlungen gehören vorzüglich: die für andere, ohne ihr Wissen, bloß in der Absicht, ihnen nüzlich zu seyn, besorgte Geschäfte (utilis negotiorum gestio), und alle übrigen Handlungen, welche den einen mit dem Schaden des andern gegen dessen Willen bereichern [1]), oder ihn widerrechtlich, wiewohl unabsichtlich, beschädigen. Hier erkennt die allgemein praktische Vernunft für Recht: daß der aus solchen Handlungen entspringende Schaden von denen, die ihn zugefügt haben, oder die ihn zufügen würden, wenn sie ihn nicht erstatteten, ersezt werden soll. Die Entwiklung dieses Prinzips, und der daraus fliessenden Verbindlichkeiten, gehört unstreitig in's Naturrecht, wird aber in den Lehrbüchern vermißt.

1) Dieß ist z. B. der Fall, wenn ich etwas bezahle, was ich nicht schuldig bin. Dieß muß der Empfänger, ohne sich dazu verbindlich gemacht zu haben, zurükgeben.

§. 10.

Dem Forscher der römischen Gesezgebung kann auch hier die Weisheit derselben nicht entgehen. Diese sieht außer den Contrakten und den absichtlichen Verlezungen der Rechte anderer (delicta) auch die-

jenigen Handlungen für verbindlich an, welche es nach dem Vernunftrecht oder der Billigkeit sind [1]) (obligatio ex variis caussarum figuris). Sie will; daß aus derselben, wie aus wirklichen Contrakten und Uebelthaten, eine Verbindlichkeit und ein Klagrecht (actio) entstehe. Aber sie war eines Theils zu konsequent, um die Rechtspflicht aus einer vermutheten Einwilligung abzuleiten, und andern Theils mit dem natürlichen Recht zu vertraut, um die Nothwendigkeit der Erhebung derselben zu Civilobligationen zu verkennen. Daher verfügte sie: daß die Personen, welche dergleichen Handlungen angehen, gerade so verbindlich seyn sollen, wie wenn sie wirklich kontrahirt hätten (quasi ex contractu teneri videntur). Sie gründete diese Verbindlichkeit auf eine Einwilligung, die nicht vorhanden war, die sie aber aus dem Prinzip der Billigkeit oder des natürlichen Rechts annahm (consensus fictus).

1) l. 1. l. 5. ff. de O. et A.

X.

Warum sind Verträge verbindlich?

§. 1.

Das sittliche Gefühl, der schlichte Verstand, und gemeinschaftliches Interesse flößten die große Wahrheit: Verträge sind heilig: weit früher ein, als Beweisgründe dafür aufgesucht wurden. Viele glaubten die Unverlezlichkeit der Verträge in der Entstehung und in dem Zwek der bürgerlichen Gesellschaft zu finden. Jene beruht, wenn auch nicht nach der Geschichte und in der Erfahrung, wenigstens in der vernünftigen Vorstellung, nothwendig auf einem Vertrag, der als Basis fest und unerschütterlich seyn muß, wenn der dadurch begründete bürgerliche Verein bestehen soll. Dieser oder vielmehr seine Erreichung, sezt schlechterdings allgemeine Verehrung für Verträge voraus, so daß jeder verächtlich, und der Gemeinheit gefährlich erscheint, der dieses die Menschen verknüpfende Band nicht achtet, und statt das gemeine Beste durch deren strenge Haltung zu fördern, dessen Fundament durch ihre Verlezung erschüttert.

§. 2.

Wenn man aber das nicht gehaltene Wort durch den Widerspruch mit seinem Privatwohl rechtfertigte, oder wohl gar die Frage aufwerfen würde, was eigentlich der Verpflichtungs-

grund sey, aus dem man sein Bestes der Haltung des Vertrags und dem Gemeinwohl aufzuopfern habe; dann sind die daraus abgeleiteten Beweisgründe schwerlich ganz überzeugend. Man muß nun auf die Natur des Vertrags zurükgehen, und aus seiner Errichtung durch Vernunftwesen die Verbindlichkeit selbst deduciren.

§. 3.

Ferguson [1]) und Garve, der ihn übersezt und mit trefflichen Anmerkungen [2]) begleitet hat, sezen den Grund der Verbindlichkeit und des ihr korrespondirenden Rechts in die durch das Versprechen erregte Erwartung, und in die Unsittlichkeit der Täuschung. Ersterer sagt:

„Das, was ein anderer einer Person versprochen, oder wozu er sich gegen sie anheischig gemacht hat, wird ein Theil des Zustandes dieser Person. Sie ist berechtigt, die Vollziehung desselben mit Gewalt zu fordern.... Der Grund aller verabredeten Verpflichtungen liegt in dem Recht, das jeder Mensch hat, die Vollziehung dessen zu fordern, dessen gewiße Erwartung der andere bey ihm veranlaßt hat.... Wenn auch der eine Theil das Versprechen gethan, der andere aber es nicht angenommen hat, so kann der leztere nicht vorgeben, daß eine Erwartung bey ihm erregt worden sey."

Garve frägt:

„Aber wo kommt eigentlich das Recht her, wel„ches ein Versprechen gibt? Es liegt, sagt Fer„guson richtig, in der Erwartung, welche das „Versprechen erregt. Diese Erwartung, da sie „für den andern ein Grund wird, wornach er „schon im voraus handelt, ist also ein Theil sei„nes Eigenthums. Deswegen fordern die Leh„rer des Rechts zur Gültigkeit des Vertrags „die Acceptation, die Annahme des Versprechens. „Nicht, als wenn diese eine magische Kraft hätte, „Verbindlichkeiten hervorzubringen, sondern weil „eher nicht klar ist, ob eine wirkliche Erwartung „bey dem andern sey erregt worden, und ob er „seine Umstände nach dieser Erwartung einrich„ten werde."

1) in den Grundsäzen der Moralphilos. S. 176. 177.

2) S. 417. folg.

§. 4.

Diese Erklärung von der sittlichen Nothwendigkeit, sein Versprechen zu halten, ist mehr künstlich und scharfsinnig, als wahr. Die erregte Erwartung an sich ist kein Recht. Dies mag Garve gefühlt haben; aber als Grund, wornach der andere schon im voraus handelt, sieht er sie für einen Theil seines Eigenthums und als ein Recht an. Allein diese Erwartung aus dem Versprechen gibt nur einen hohen Grad von Hofnung, doch keine

Gewißheit der Erfüllung desselben. Aber auch diese — sollte sie gleich den Promissar voraus zum Handeln bestimmen — ist darum noch kein erworbener Theil des Eigenthums, von dem allein hier die Frage seyn kann. Dieser, als Recht, kann nicht in einer Erwartung, sondern muß in der durch das Versprechen erworbenen Verbindlichkeit liegen, woraus das Recht und die Forderung, sie zu erfüllen, entspringt. Ferner sezt diese Erklärung schon voraus: daß die Menschen Eigenthum früher, als Verträge gekannt, und den Begriff von Eigenthum auf ihre Erwartungen angewandt haben. Endlich zeigt sie auch nicht, wie die erregte Erwartung, die der Acceptant zu seinem Eigenthum rechnet, auf den Zustand des Promittenten wirken, und seine moralische Pflicht, das Versprechen zu halten, in Rechtspflicht umschaffen kann.

§. 5.

Der leztere Zweifel schien dem verewigten jüdischen Weisen [1]) wichtig genug, um eine neue Theorie über die Verbindlichkeit der Verträge aufzustellen. Er drükt sich so aus:

„Der Mensch im Stand der Natur ist Herr über „das Seinige, über den Gebrauch seiner Kräfte „und Fähigkeiten, über den freyen Gebrauch „alles dessen, so er durch dieselben hervorgebracht (d. i. der Früchte seines Fleißes), oder „mit den Früchten seines Fleißes auf eine unzer-

„trennliche Weise verbunden hat, und es hängt „von ihm ab, wie viel, wann, und zum Be„sten wessen er einiges von diesen Gütern, das „ihm entbehrlich ist, ablassen will. Alle seine „Nebenmenschen haben bloß auf seinen Ueber„fluß ein unvollkommenes Recht, ein Recht zu „bitten, und er, der unumschränkte Herr, „trägt die Gewissenspflicht, einen Theil „seiner Güter dem Wohlwollen zu widmen. „— — Sobald dieser Unabhängige einmal ein „Urtheil gefällt hat; so muß es gültig seyn. „Habe ich den Fall entschieden, wem, wann, „und wie viel ich von dem Meinigen überlassen „will; habe ich diesen meinen freyen Entschluß „hinlänglich zu erkennen gegeben, und mein „Nächster, dem zum Besten der Ausspruch ge„schehen, hat das Gut in Empfang genommen, „so muß die Handlung Kraft und Wirkung „haben, wenn mein Entscheidungsrecht etwas „bedeuten soll. Wenn mein Ausspruch unkräf„tig ist, und die Sachen so läßt, wie sie gewe„sen sind; wenn er nicht in Ansehung des Rechts „diejenige Veränderung hervorbringt, die ich „beschlossen; so enthält mein vermeintes Recht, „den Ausspruch zu thun, einen offenbaren Wi„derspruch. Meine Entscheidung muß also wir„ken, muß den Zustand des Rechts verändern. „Das Gut, wovon die Rede ist, muß aufhören, „das Meine zu seyn, und wirklich meines Näch-

„sten geworden seyn; — — sonst wäre meine „Entscheidung null. Nach vollzogener Handlung „also kann ich das abgetretene Gut ohne Unge„rechtigkeit mir nicht mehr anmaßen, und wenn „ich das thue, so **beleidige** ich, so handle ich „wider das vollkommene Recht meines Nächsten. „— — Das Entscheidungsrecht, welches vorhin „einen Theil meiner Güter ausmachte, d. i. das „Meine war, ist durch die **Abtretung** von „meiner, und **Annahme** von der andern Seite „das Gut meines Nächsten geworden."

1) **Moses Mendelssohns** Jerusalem, oder über religiöse Macht und Judenthum S. 40 folg.

§. 6.

Gegen diese an sich schöne und geistvolle Entwiklung der durch Vertrag begründeten Zwangspflicht, hat schon der verstorbene Probst **Zöllner** [1]) in Berlin erinnert, daß sie nicht auf alle Verträge passe, und durch treffende Beyspiele gezeigt: daß das Entscheidungsrecht des Eigenthümers in Kollisionsfällen, rüksichtlich gewißer ihm entbehrlichen Güter, auf manche Verträge gar nicht anwendbar sey, daß nicht überall, wo eine vollkommene Vertragspflicht vorhanden ist, schon früher eine unvollkommene da gewesen seyn müsse, ja daß sogar gewissenslose Handlungen einen Vertrag begründen und Zwangsrechte erzeugen können. Uebrigens führt die **Zöllnerische** Mei-

nung, die nichts Eigenthümliches hat, zulezt auch dahin: daß durch die Annahme des Versprechens das Recht an das versprochene Gut auf den andern übergehe und dessen Eigenthum werde, der Eigenthümer mag es nun aus Wohlwollen, oder aus andern Gründen überlassen haben.

1) in seiner Schrift über M. Mendelssohns Jerusalem.

§. 7.

Gegen die Mendelssohn'sche Theorie ist allerdings der Zweifel nicht unwichtig: daß durch sie diejenigen Fälle ausgeschlossen scheinen, wo der Eigenthümer keine Gewissenspflicht hat, etwas von seinen Gütern einem andern zu überlassen, wo ihm also eigentlich kein Entscheidungsrecht darüber zusteht. Wenn er nun in solchen Fällen seinen Ausspruch oder seine Entscheidung zurüknähme, sie für unkräftig erklärte, und den Vertrag nicht hielte; so könnte der Promissar ihn dazu nicht zwingen, da auf ihn kein Recht übergehen konnte, das der Geber zur Zeit der Entscheidung selbst nicht hatte. —

Für mich waren alle Beweisgründe der Vertragsverbindlichkeit aus dem durch Acceptation des Versprechens erworbenen Recht (Eigenthum) nie überzeugend; immer schien mir der Saz von dem durch Vertrag übergehenden Eigenthum sehr problematisch, und um so weniger erweislich, da die

Verbindlichkeit derjenigen Verträge, welche kein zu überlassendes Gut, sondern ein zu leistendes Faktum zum Gegenstand haben, sich daraus entweder gar nicht, oder nur unnatürlich ableiten läßt.

§. 8.

Meine Ansicht hierüber ist die: Der Mensch, ein vernünftiges, selbstständiges, und im Naturstande von Seinesgleichen unabhängiges Wesen, ist Herr seiner Thätigkeit. Hierin besteht sein äußeres Recht. Diese Wirksamkeit durch eigene Kraft ist verwebt mit seiner Natur, und ist diejenige von ihm unzertrennliche Würde, welche die ewige Vernunft allen Menschen, wiewohl in verschiedenem Grad, beygelegt, und mit einem unauslöschlichen Gefühl von Achtung für dieselbe begleitet hat. Doch würde der Mensch mit all seiner freyen Wirksamkeit, ohne ein von der Vernunft geheiligtes Mittel, sich den Beystand und die Mitwirkung zu seinen Zweken von Seinesgleichen zu verschaffen, das unglüklichste Geschöpf seyn. Dies Mittel sind die V e r t r ä g e. Durch diese kann er, unbeschadet seiner vernünftigen und als solcher freyen Natur, seinen Bedürfnissen abhelfen, seine Neigung zum gesellschaftlichen Leben befriedigen, und vermittelst einer vernünftigen Abhängigkeit, von der er selbst der Urheber und Schöpfer ist, seine Person wie sein Eigenthum sichern, und andere unzählige Vortheile erlangen.

§. 9.

Aber sein bloßes Verlangen, und seine einseitige Erklärung, Hilfe zu geben, oder zu nehmen, legt demjenigen, dem er sie macht, keine Verbindlichkeit zur Annahme oder Leistung derselben auf, weil dieser, gleich ihm, Herr seiner Thätigkeit ist. Hiezu ist eine vernünftige, mit der seinigen völlig übereinstimmende Willens- und Gegenerklärung nöthig, wenn in dem Zustand des beyderseitigen äußeren Rechts eine Veränderung vorgehen soll. Aus diesem gemeinschaftlichen Willensakt, oder aus der zugleich vereinigten Thätigkeit über denselben Gegenstand, welchen ein Theil verspricht oder anbietet, und der andere annimmt, entspringt ein neues Geschäft (negotium), oder eine von mehreren Personen geschaffene Handlung, welche Vertrag heißt. Der versprechende Theil, der seine freye und unbestimmte Thätigkeit gegen den annehmenden beschränkt und bestimmt hat, ist durch die Annahme dieser Beschränkung (des Versprechens) verbindlich worden. Nun hört jede einseitige Bestimmung oder Verfügung rükſichtlich des Vertrags auf, und nun können nur die Schöpfer dieses Geistesprodukts gemeinschaftlich daran etwas abändern [1]).

1) Von dieser Idee gingen auch die römischen Juristen aus. Wenigstens führen dahin l. 31. ff. de O. et A. . . . in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur, *omnium voluntas* spectatur.

l. 52. §. 4. eod. consentientes in aliquam rem, consensu obligari, *necessario* ex voluntate nostra videmur. l. 50. ff. de pact. Diese Tiefdenker gründeten die Verbindlichkeit der Verträge auf die Natur der Handlung oder des Geschäfts, und nicht auf ein durch Verträge erworbenes Eigenthumsrecht l. 3. ff. de O. et A. Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus *nostrum* aut servitutem (jus) *nostram* faciat, sed ut *alium nobis obstringat*, ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum.

§. 10.

Die Kraft des Vertrags — man bemerke dies wohl — besteht nicht darin, ein Gut oder eine Sache des Promittenten auf den Acceptanten zu übertragen, und zu seinem Eigenthum zu machen; sondern den Wirkungskreis des lezteren durch ein persönliches Recht gegen den ersteren zu erweitern. Dieser trägt nun die positive Pflicht, dem Promissar oder dem Berechtigten entweder einen Theil seines Vermögens oder seiner Kräfte zu widmen, das heißt, ihm die versprochene Sache zu geben, oder das zugesagte Faktum zu leisten; und was lezterer ohne Vertrag gar nicht, oder nur von der Güte des erstern erwarten konnte, das kann er jezt als Schuldigkeit fordern, und sogar erzwingen. Dagegen kann nach meiner Theorie der Berechtigte den Pflichtträger weder an Erfüllung seiner Vertragsverbindlichkeit hindern, noch denselben wider seinen Willen seiner Pflicht entle-

digen. Denn diese, welche er allein durch den Vertrag erworben hat [1]), und welcher sein Recht auf deren Erfüllung entspricht, beschränkt nur die äußere Freyheit und Handlungswillkühr des Schuldners, aber sie hebt auf keiner Seite die allgemeine und negative Pflicht auf, den andern frey handeln zu lassen, so weit es die ursprünglich naturrechtliche, oder erst durch Vertrag bestimmte Beschränkung seiner Wirksamkeit erlaubt. Dies ist nothwendige Folge des Vertrags, als Produkts eines vereinigten Willens. Daher halte ich z. B. im Fall einer acceptirten Schenkung den Donatar für verbunden, das Geschenk zu empfangen, und der Schenker kann es für Beleidigung ansehen, wenn jener wider seinen Willen es ausschlägt. Es hängt von ihm ab, die Sache wieder zu verschenken, nicht aber, nachdem er in die Schenkung eingewilligt hatte, das Geschenk anzunehmen. Man kann daher seinem Recht nur unter der Voraussezung: daß der Schuldner seiner Pflicht gern los sey: entsagen. Dies ist der gewöhnliche Fall und die positive Rechtsregel. Diese bestätigt aber zugleich die Ausnahme in den entgegengesezten und ungewöhnlichen Fällen.

1) Damit stimmt auch Kant überein in dem oft angef. Buch S. 101. §. 20.

§. 11.

Uebrigens begründet der Vertrag niemals ein Recht an eine Sache; sondern bloß ein Recht

auf Erfüllung des Versprechens. Erst, wenn der Schuldner die versprochene Sache übergiebt, und mit dem Besiz das ausschließende Recht, sie zu besizen, und darüber willkührlich zu verfügen, überträgt, leistet er seiner Verbindlichkeit volles Genüge. Erst jezt geht das Eigenthum von ihm auf den Empfänger über. Hieraus erklärt sich auch, warum bey Verträgen über Eigenthum, der Berechtigte von der ihm schuldigen Sache nie eigenmächtigen Besiz nehmen darf. Er ist bloß sein persönliches Recht gegen den Schuldner zu gebrauchen befugt, um sich dadurch die Sache, und das dingliche Recht zu verschaffen. Diese bleibt dem Schuldner so lange, bis er, nach seiner Verbindlichkeit, mit ihr das Eigenthum übergiebt, oder im Weigerungsfall dazu genöthiget wird. Durch Gewalt und Eigenmacht kann man sein Recht zwar behaupten, aber dadurch zu keinem neuen Rechte gelangen. Nicht bloß nach bürgerlichem, sondern schon nach dem Naturrecht ist niemand schuldig, denjenigen für den Eigenthümer einer Sache zu halten, den nicht der Eigenthümer durch Uebergabe und Einsezung in den Besiz dazu gemacht, und dadurch als solchen gegen jedermann gleichsam legitimirt hat. Aus dem persönlichen geht das dingliche Recht erst herfür, und jenes erlöscht, wenn dieses entsteht.

§. 12.

Der Grund, warum keiner der Paciscenten

einen gültigen Vertrag eigenmächtig abändern oder aufheben kann, liegt darin: weil er sich zum Richter des jenen mitschaffenden anderseitigen Willens aufwerfen, einen gleich gültigen Akt desselben vernichten, und das Grundgesez äußerer Pflichten, die Achtung für die Selbstständigkeit und freye Wirksamkeit von Seinesgleichen, verlezen würde.

§. 13.

Dieses Gesez, und nicht ein vermeintliches durch Vertrag erworbenes Eigenthum, ist das Fundament und der Erkenntnißgrund der Verbindlichkeit der Verträge. Wie jenes, sind auch diese unverlezlich und heilig für ganze Nationen, wie für den einzelnen Bürger. Sie halten die große Menschengemeinheit zusammen [1]; sie bilden und befestigen einzelne Staaten; von ihrer Unverlezlichkeit hängt größtentheils deren innere und äußere Wohlfarth ab. Vertragstreue erhält das Gleichgewicht unter den verschiedenen Ständen, sichert gegen drükenden Despotismus, wie gegen zerstörende Anarchie, bewahrt vor dem unseligen Gedanken chimärischer Gleichheit, befördert den Gehorsam gegen die Geseze, und heiligt die Person und das Eigenthum des Bürgers.

Mit der Achtung und Nichtachtung für eine gleich freye Natur und ihren Willen, steht und fällt die Verbindlichkeit der Verträge. Wem jene Urpflicht nicht heilig ist, den wird kein Vertragsband fesseln, und niemand wird leicht mit

demjenigen kontrahiren, der nicht für einen rechtlichen Mann (vir probus) [2]) gilt. Nur in so fern man den Menschen achtet, glaubt man an des Menschen Wort, und hält es ihm. Hieraus erklärt sich auch der Unwille, und die Verachtung gegen Leute, die kein Versprechen halten, und mit Verträgen wie mit Worten spielen. Läge der Grund in dem daraus entstehenden Verlust oder Schaden; so würde Vertragsuntreue den Uneigennüzigen am wenigsten, den Eigennüzigen aber am meisten kränken. Allein die Erfahrung zeigt gerade das Gegentheil; denn jener hat mehr Gefühl für Würde des Menschen, und für die ihm schuldige Achtung, als dieser. Der edle Mann verabscheut den Bundbrüchigen und Meineidigen, er sey es nun gegen ihn selbst, oder gegen andere.

1) Aristot. Rhet. L. 1. c. 15. Si pacta irrita fiunt, tollitur inter se *usus hominum*.

2) Cic. L. 2. de invent. Pactum est, quod inter aliquos convenit, quod jam ita *justum* putatur, ut *juri* praestare dicatur.

XI.

Verschiedenheit des Rechts und des Gerichtsbrauchs bey der Restitution der Volljährigen (majorum).

§. 1.

Die Wiedereinsezung der Volljährigen in den vorigen Stand, sezt, wie die Restitution überhaupt, einen Verlust von Sachen oder Rechten aus solchen Ursachen voraus, welche den Richter nach den Gesezen autorisiren, sie auf Ansuchen zu ertheilen, so bald in dem einzelnen Fall eine dieser Ursachen vorhanden ist. Die allgemeine und Grundursache der Restitution ist das natürliche Recht, wodurch ein nach dem gesezlichen Buchstaben gerechter, aber unbilliger Verlust, aufgehoben wird. Da den Römern in der Erfahrung einige dahin gehörige Hauptfälle vorkamen, so wurden diese vielleicht wegen ihrer Frequenz als Restitutionsursachen besonders ausgehoben, und dem prätorischen Recht einverleibt [1]; ohne daß dadurch dem jeweiligen Prätor die Hände gebunden waren, auch außer denselben zu restituiren [2], wenn anderst die Geseze es erlaubten [3], und die Billigkeit es heischte [4].

1) l. 1. §. 1. ff. ex quib. causs. maj. Dieser Ursachen sind bey Volljährigen fünf.

2) kraft der sogenannten Generalklausel l. 26. §. 9. eod. „si qua alia mihi justa caussa videbitur."

Diese kann theils wegen des großen Wirkungskreises der prätorischen Billigkeit, theils deswegen nicht einzig und allein auf die Restitution wegen Abwesenheit mit Cujaz in Observ. L. XXI. obs. 18. Faber in Rational. ad Pand. namentlich zu diesem 26ten Gesez, und mit Schilter ad Pand. Exercit. XI. §. 29 eingeschränkt werden, weil die Abwesenheit nur als eine der mehreren besonderen Restitutions-Ursachen ausgedrükt ist, und die Abwesenheitsfälle in dem §. 9. bloß als Beyspiele von der allgemein gefaßten Clausel angeführt sind.

3) l. 28. §. 2. ff. eod.

4) quoties *aequitas* restitutionem suggerit cit. §. 9.

§. 2.

Diese Restitution, welche zum Unterschied von der Wiedereinsezung der Minderjährigen, worüber der Prätor allein entschied [1]), mittelst förmlicher Aktion an den Richter (judex pedaneus) gebracht, und vor ihm ausgeführt wurde [2]), mußte bey den Magistraten, die eigene Jurisdiktion hatten [3]), innerhalb 4 Jahren nach gehobenem Hinderniß nachgesucht, und von dem Richter, den jene gaben, darüber erkannt werden [4]). Heut zu Tage kann man mit diesem Rechtsmittel entweder vor dem zuständigen Richter der Person des Beklagten an dessen Wohnort, oder vor dem Richter der gelegenen Sache im Fall einer Realklage auftreten. Wird aber die Restitution während des rechtlichen Verfahrens in einer andern Sache erst als Replik oder incidenter angebracht; so hat der Richter der Hauptsache darüber

zu erkennen [5]). Auch ist, wenn einmal lis kontestirt ist, ihre Dauer auf den gesezlichen Zeitraum von 4 Jahren nicht mehr beschränkt [6]).

1) l. 24. §. 5. ff. de minor. Ex hoc edicto nulla propria actio proficiscitur: *totum* enim hoc pendet ex Praetoris *cognitione*.

2) l. 9. §. 4. ff. quod met. caus. l. 13. §. 1. ff. de minor. potest desiderari restitui . . et hoc . . rescissa alienatione, *dato in rem judicio*.

3) l. 3, C. ubi et apud quem.

4) l. 7. C. de temp. in int. restit.

5) *Wernher* in Obs. P. X. 362.

6) *Hofacker* princ. jur. civ. T. II. §. 815. *Mynsinger* Obs. I. 51.

§. 3.

Gestüzt auf die prätorische Generalklausel, hat der Gerichtsbrauch noch eine Menge Fälle zur Restitution geeignet gefunden, und durch deren Ausdehnung die Gränzlinie so überschritten, daß oft bey Ermanglung jedes Restitutionsgrundes bloß aus dieser Klausel restituirt, und darüber die einzige Ursache der Restitution, die Billigkeit, wodurch ein nach strengem Recht eintretender Verlust gehoben werden soll, ganz übersehen wird. Dergleichen Fälle sind aber mit der Natur dieses Rechtsmittels und dem wahren Geist dieser Klausel in geradem Widerspruch. Ich will nur einige wichtige Beyspiele derselben, nemlich die Restitution gegen die Verjährung, wegen des aus Unwissenheit dadurch erlittenen Schadens, die Restitution gegen

Endurtheile (res judicatas) und ex capite novorum ausheben.

§. 4.

Die Wiedereinsezung in den vorigen Stand gegen die Präscription widerspricht theils dem gesezlichen Zwek, theils den ausdrüklichen Verordnungen. Jener liegt in dem gemeinen Besten: denn man wollte durch die Verjährung der Ungewißheit des Eigenthums [1]) und den daraus entstehenden Prozessen [2]) begegnen; nicht zu gedenken, daß nach staatswirthschaftlicher Erfahrung Grundstüke, deren Besiz durch Verjährung gesichert war, besser angebaut und bearbeitet werden [3]) — Dagegen sucht zwar der Gerichtsbrauch die Restitution aus der Generalklausel, weil kein Gesez sie verbiete, geltend zu machen; aber mit Unrecht: denn Justinian sagt ausdrüklich in einem Gesez: daß zu Abschneidung neuer unauflöslicher Zweifel es bey der Verjährung auf das Wissen oder Nichtwissen nicht ankommen solle [4]), und Honorius und Theodosius verordnen in dem andern [5]): daß nach Verfluß der Verjährungszeit keine Aktion statt finde, selbst wenn man sich mit der Unwissenheit des Gesezes entschuldigen wollte. Restitution gegen die Verjährung aus dem Grund der Unwissenheit ist demnach den Gesezen zuwider, und kein Gericht sollte mehr auf eine Praxis sprechen, welche durch Verwechslung der Restitution der Minderjährigen und Volljäh-

rigen, oder durch eine auf cerebrine Aequität gegründete Uebertragung eines Restitutionsfalls auf den andern entstanden seyn mag.

1) l. 1. ff. de usurp. et usucap.

2) l. 15. ff. pro suo: „usucapio propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut *aliquis litium finis esset.*

3) *Vinnius* in jurispr. contr. sive in Paratitl. jur. civ. c. 30 in fin.

4) l. 12. C. in fin. de praescr. long. temp.

5) l. 3. C. in fin. de praescr. 30 v. 40 ann. . . . post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulterius facultatem patere censemus, *etiamsi se legis ignorantia excusare tentaverit.*

§. 5.

Eben so wenig läßt sich die durch den Gerichtsbrauch eingeführte Restitution gegen rechtskräftige Urtheile rechtfertigen. Es war Grundsaz des römischen Rechts: daß res judicata als Wahrheit gelte [1]; Grundsaz: daß eine Sache, welche durch rechtsbeständige Sentenz, oder durch Eid, oder durch gerichtliches Bekenntniß, oder durch gültigen Vergleich entschieden war, nicht mehr vor Gericht gebracht werden könne [2]. Davon konnte das Gesez allein eine Ausnahme machen, und die weise Absicht dieses Prinzips war, zu verhüten: daß aus einem geendigten Rechtsstreit nicht ein neuer entstünde [3]. Ließe sich jemand einfallen, über die einmal gültig entschiedene Sache, dieselbe,

oder eine andere Klage anzustellen; so stand dieser ein für allemal die exceptio rei judicatae entgegen [4]).

1) l. 207 ff. de R. J. l. 25 ff. de stat. hom.

2) l. 31 in fin. l. 56 ff. de re judic. l. 1. l. 6 ff. de confess. l. 1. C. de reb. cred. l. 20. C. de transact.

3) l. 11. C. de reb. cred. .. post definitivam sententiam, quae provocatione suspensa non sit, vel quae, postquam appellatum fuit, corroborata fuerit: nullo modo — — iterum ad probationem venire cuiquam concedatur, ne repetita lite, *finis* negotii, alterius causae fiat *exordium*. Hieher gehört vorzüglich auch l. 6 ff. de except. rei judic.

4) l. 3. l. 5. l. 7. §. 4 ff. de exc. rei judic. l. 1. in fin. C. si adv. rem judic.

§. 6.

Volljährige Litiganten, die mit dem ausgesprochenen Urtheil unzufrieden waren, konnten innerhalb 10 Tagen davon appelliren, oder nach eröffneter, aber noch nicht rechtskräftig gewordener Sentenz, gegen ihre nicht vorgebrachte peremtorische Exceptionen Restitution nachsuchen [1]). Bedienten sie sich des einen oder andern Rechtsmittels nicht; so gieng ihr Wunsch: ein anderes Recht zu erhalten, durch ihre eigene Schuld verlohren [2]). Der rechtsprechende Richter konnte eben so wenig über sein Urtheil, als über das seines Vorgängers erkennen, noch es rescindiren, noch dagegen restituiren, weil Restitution eine Rescission ist.

That er es doch; so hatte die Parthey nicht nöthig, sich an einen höheren Richter zu wenden; denn sein Dekret war an sich nichtig [3]. Kaiser Konstantin verordnete sogar: daß, gegen die in ihrer Rechtskraft durch Appellation nicht gehemmte Urtheile, selbst kaiserliche Rescripte unwirksam sind, und daß der, welcher sich dergleichen zu verschaffen gewußt habe, damit a limine judicii abgewiesen seyn soll [4].

1) l. 2. C. sentent. resc. non poss.

2) eben das.

3) l. 42. l. 55 ff. de re judic. l. 1. C. sent. resc. non poss.

4) l. 3. C. eod. tit.

§. 7.

Minderjährige konnten von dem Richter gegen seine oder seines Vorgängers Sentenz restituirt werden; Volljährige aber durften den Vortheil, welchen jene durch die Wohlthat der Wiedereinsezung in den vorigen Stand erhielten, nur von Einlegung der Appellation erwarten [1]. Auch kam den Majorennen, wenn sie in Staatsgeschäften wirklich abwesend waren, oder dafür angesehen wurden, und sich durch ein wider sie ausgesprochenes Urtheil für beschädiget hielten, die Restitution nur in so fern zu statten, daß sie dadurch in den Stand gesezt wurden, appelliren zu können [2].

1) l. 42 ff. de minor.

2) l. 8 ff. de integr. restit.

§. 8.

Ferner erhellet die Unstatthaftigkeit der Restitution der Volljährigen gegen rechtskräftige Urtheile aus dem Gesez: wornach der, welcher aus freyem Willen einen Minderjährigen vor Gericht vertritt, und nach verlornem Prozeß ex causa judicati belangt wird, Zahlung leisten muß, ohne sich auf die dem minor sonst rechtlich zukommende Restitution berufen zu können [1]. Wird also nicht einmal der major im Nahmen des minor gegen die res judicata restituirt; um wie viel weniger kann derselbe diese Rechtswohlthat ansprechen, wenn er für sich einen Rechtsstreit führt, und sachfällig wird.

1) l. 46 ff. de minor.

§. 9.

Ein anderer gesezlicher Fall ist der: daß, wenn der Gläubiger ein versprochenes, aber nicht gegebenes Geld sich bezahlen läßt, oder ein wirklich vorgeschossenes zweymal empfängt, er es nur dann zurükgeben muß, wenn die Zahlung nicht auf richterlichen Spruch erfolgt ist. Denn in diesem Fall findet aus Achtung für diesen (propter auctoritatem rei judicatae) keine Zurükforderung statt; dagegen wird der Empfänger wegen seiner Arglist mit der auf das Stellionat gesezten Strafe belegt [1]. Beyde Rechtsmittel, die condictio indebiti und die restitutio in integrum, fließen ex bono et aequo.

Wird nun jene gegen ein förmliches Urtheil nicht zugelassen; so kann auch diese dagegen nicht ertheilt werden [2]). Aller Streit hört mit der re judicata als Wahrheit auf [3]). Daher war auch jeder Vergleich über eine rechtskräftig entschiedene Sache null und nichtig [4]).

1) l. 29 §. 5. ff. mand.

2) l. 66 ff. de condict. indeb.

3) l. 207 ff. de R. J.

4) l. 23. §. 1. ff. de cond. indeb. l. 32. C. de transact.

§. 10.

Demnach mußte nach römischem Recht jedes unter Volljährigen gültig ausgesprochene Urtheil, um nicht in Rechtskraft überzugehen, durch Appellation angefochten werden [1]). Eine Wiedereinsezung in den vorigen Stand fand dagegen nicht statt. Die einzige gesezliche Ausnahme von dieser Regel war, wenn die Sentenz auf falschen Zeugnissen und Urkunden beruhte [2]), und der erweislich dadurch getäuschte oder hintergangene Richter sonst anders würde gesprochen haben [3]). Nur in diesem Fall befahl Kaiser Hadrian zu restituiren [4]). Denn Urtheile und Entscheidungen durch Sub- und Obreption erschlichen, waren an sich nichtig, und es bedurfte keiner Restitution [5]). Selbst wegen neu aufgefundener Zeugnisse und Urkunden konnte nicht restituirt werden. Bloß öffentliche Angelegenheiten, z. B. des Fiskus u. s. w.

machten hierin eine Ausnahme, und hatten ex capite novorum rechtlichen Anspruch auf Wiedereinsezung in den vorigen Stand [6].

1) l. 1. l. 2. C. de his, qui per metum jud.

2) l. 2. C. si ex fals. instrum. l. 4. C. eod. . . judicati executio solet suspendi, et soluti dari repetitio, si falsis instrumentis circumventam esse religionem judicantis, manifestis probationibus fuerit ostensum.

3) l. 33 ff. de re judic.

4) l. 29 ff. de leg. Corn. de fals. „si quis obrepserit praesidi provinciae, *nihil agit*. l. 49 ff. de bon. libert. l. 4. l. 5. C. si contra jus.

5) l. 35 ff. de re judic. Sub obtentu *novorum instrumentorum* restitui negotia minime oportet. l. 4. C. eod.

6) l. 35 ff. de re judic. l. un. C. de sent. adv. fisc. lat. retract.

§. 11.

Mit den abgeurtheilten Sachen hielten gültige Vergleiche und geleistete Eide gleichen Schritt. Beyde ließen keine Rescission [1], folglich auch keine Restitution, selbst nicht aus später aufgefundenen Urkunden zu [2]. Dagegen konnten sogar beschworne Vergleiche, wenn sie auf falschen Dokumenten beruhten, gleich den richterlichen Aussprüchen, aufgehoben oder rescindirt werden [3].

Doch — können die Gegner sagen — aus allen diesen Gründen, so beweisend sie auch wider die Restitution gegen rechtskräftige Urtheile der

Volljährigen zu seyn scheinen, folgt dennoch nicht: daß sie verboten war, und daß sie nicht sollte aus der Generalklausel statt finden können. Ich antworte: Ist sie gleich in den angeführten Gesezen nicht ausdrüklich verboten; so läßt sich doch eine Restitution damit ohne Widerspruch nicht vereinigen, und sie ist schon durch den Inhalt dieser Geseze ausgeschlossen. Noch muß ich des Gesezes [4]) erwähnen, wornach namentlich restituirt werden soll, wenn jemand durch Zögerung und Saumseeligkeit des Richters, oder dadurch, daß keine Behörde da war, an die man sich wenden konnte, sein Klagrecht verlohren hatte; hingegen keine Restitution zugelassen wird, so oft der Prätor oder andere Magistrate, welche restituiren dürfen, Recht sprechen, z. B. wenn sie nach vorgängiger Kenntniß der Sache die Klage abschlagen.

1) l. 10. C. de transact. l. 5. §. 2. l. 40 ff. de jurej. l. 1. l. 8. C. de reb. cred.

2) l. 19. l. 29. C. de transact.

3) l. 42. C. cod.

4) l. 26. §. 4. ff. ex quib. caus. maj.

§. 12.

Endlich wäre es unbegreiflich, warum das römische Recht, welches den Minderjährigen die Wohlthat der Restitution nicht nur gegen die ganze Sentenz [1]), sondern auch gegen einen Theil

derselben ertheilt [2]), der Wiedereinsezung der Volljährigen gegen richterliche Urtheile, wenn sie statt fände, gar nicht gedacht haben sollte. Auch hier glaube ich, war Mangel an sorgfältiger Unterscheidung der beyderley Arten von Restitution, und der gesezlichen Vorschriften darüber, die Ursache der irrigen Praxis, wornach der Volljährige dem Minderjährigen hierin gleich gesezt wurde.

1) l. 9. l. 40 ff. de min.

2) l. 29. §. 1. ff. eod.

§. 13.

Die Ausleger des in Teutschland recipirten römischen Rechts nehmen, mit Unterlassung der bey dessen Interpretation so nöthigen Kritik, als wahr an: daß diejenigen Gesezstellen, welche den gerichtlichen Behörden das Recht der Restitution gegen ihre gefällten Urtheile einräumen [1]), ganz allgemein, folglich auch von der Wiedereinsezung der Volljährigen zu verstehen seyen; ungeachtet sowohl aus dem Titel, worin diese Stellen vorkommen, als aus andern Gesezen, welche jenen Behörden die Aufhebung oder Rescission ihrer Urtheile ausdrüklich verbieten [2]), klar hervorgeht: daß diese Restitution sich nur auf Minderjährige beziehe, und allein auf sie zu beschränken sey. Nichtsdestoweniger wurde das 17te Gesez im Titel der Minderjährigen, gleich bey Entstehung des vormaligen Reichskammergerichts, gegen Volljäh-

rige in Anwendung gebracht. Nach diesem Gesez konnte von den praefectis praetorio eben so wenig, wie von jenem Reichsgericht appellirt, wohl aber von ihnen selbst gegen ihre Sentenz restituirt werden. Der Grund dieser Abweichung von der allgemeinen Regel lag, wie Hermogenian sagt, darin, weil die Appellation eine Klage über die Unbilligkeit des richterlichen Ausspruchs, die Restitution aber entweder die Bitte um Verzeihung seines Irrthums, oder die Angabe, daß man von seinem Gegner hintergangen worden, enthält. Es schien gegen die dieser hohen Staatsbehörde, welche statt des Kaisers Recht sprach, schuldige Ehrerbietung zu seyn, ihre Sentenzen einer Uubilligkeit zu beschuldigen, und sie anzufechten. Daher konnten die Minderjährige gegen dieselbe bey niemand anderm, als bey ihr selbst, Restitution nachsuchen und erhalten [3]. Glaubten Volljährige durch das Urtheil des Präfektus-Praetorio beschwert zu seyn; so stund ihnen dagegen innerhalb zwey Jahren der Weg der Supplication bey dem Kaiser [4], oder nach einer neueren Verordnung des Justinian, die bey dem Präfekt innerhalb 10 Tagen einzulegende Revision (retractatio) offen.

1) l. 16. §. 5. l. 17 ff. de minor.

2) l. 14. l. 42 ff. de re judic. Tot. Tit. C. sent. resc. non poss.

3) l. un. §. 2. ff. de offic. Praef. praet.

4) l. un. C. de sentent. Praef. praet.

§. 14.

So fest auch in unserm Teutschland die ersten Praktiker des römischen Rechts, nach dem angeführten 17ten Gesez, und nach der prätorischen Generalklausel, an die Restitution der Volljährigen von dem Reichskammergericht gegen seine eigene Sentenzen glaubten [1]; und so sehr sie auch die Form des Restitutionsgesuchs jenem Gesez anpaßten; so läugneten sie doch ihre Zuläßigkeit, so lange der, welcher durch das Urtheil sich für beschwert hielt, davon appelliren konnte. Nur hätten sie hievon nicht den Grund in dem ungereimten Brocardicon suchen sollen: competente ordinario remedio cessat extraordinarium [2]. Auch lag in der leg. 17. nicht die Folgerung, die sie daraus zogen, daß der um Restitution Bittende den richterlichen Ausspruch nicht anfechte, sondern ihn vielmehr anerkenne [3]. Dieser Saz sollte ihrer Behauptung: daß aus neu aufgefundenen Beweismitteln restituirt werden könne: theils zur Bestätigung dienen, theils dieser Restitutionsart bey dem höchsten Gericht schnelleren Eingang verschaffen.

Uebrigens ist sie, unerachtet die Appellation und die Vollziehung des Urtheils dadurch gehemmt wird, (bey dem Reichskammergericht hinderte sie die Revision) darum kein außerordentliches Rechtsmittel; außer man wollte sie deswegen so heißen, weil der sie begründende Fall neuer, erst nach

der Sentenz entdekter und auf die Entscheidung der Sache einfließender Thatsachen seltener vorkommt.

1) Gail pract. observ. L. I. Obs. 114. n. 3. wo sich auf den Titel des Cod. si adv. rem judic. restit., der doch bloß von Minderjährigen handelt, berufen wird.

2) Schilter hat in seinen Exercitat. Exerc. XIII. §. 6. sehr schön gezeigt, daß der Unterschied zwischen remedium ordinarium und extraordinarium, so wie der lezte §. der Institut. de interd. auf unsre Zeiten nicht passe. Man vergleiche auch den trefflichen *Ludolf* de jur. cam. p. 287—294.

3) *Ludolf* ebend. p. 297 folg.

§. 15.

Meistens wird die Restitution ex capite novorum von der verlierenden Parthey nur als Chikane zur Verlängerung des Prozesses und Hemmung der Urtheilsvollstrekung gebraucht. Aus der Ursache haben vielleicht schon die Römer diese Restitutionsart verworfen [1]. Man sollte sie heut zu Tage um so weniger zulassen, da die Form unsers Prozeßgangs das Ende eines Rechtsstreits ohnedem sehr verzögert, und selten wahre nova, die eine Restitution begründen, vorgebracht werden.

Dieser Mißstand — dem durch den abzuschwörenden Eid: daß man von den novis keine frühere Kenntniß gehabt habe: keineswegs abgeholfen wird — zeigte sich schon im 16ten Jahrhundert, und die Kammergerichtsordnung [2]) verfügte deswegen weislich:

„Nachdem sich befunden, daß die Prokuratoren Restitution wider erlangte Endurthel vielfältiglich pflegen zu bitten, welches zur Verhinderung der Exekution und merklichen Schaden der gewinnenden Partheyen thut reichen, sollen Kammerrichter und Besizer ein fleißiges Einsehen haben, und wo sie befunden, daß die Restitution calumniose oder gefährlicherweise, oder aus Ursachen, so vormals in Gerichtshändeln angezogen und deducirt worden wären, oder sonst aus neuen unrechtmäßigen und unerheblichen Ursachen begehrt, solcher gebetenen Restitution unangesehen, in der Execution vermög der Rechten fürfahren, und den Prokurator und die Partheyen, welches unter ihnen daran schuldig, in expens kondemniren."

Von dem Reichskammergericht gieng diese Praxis in die Gerichtshöfe der Fürsten und Stände über, und wurde fast allgemein. Doch finden sich, besonders in Niederdeutschland, Beyspiele, wo die Juristenfakultäten nach Vorschrift des römischen Rechts gegen die Restitution ex capite novorum erkannt haben [3]), und das O. Appell. Gericht in Zell hat nie auf dieselbe gesprochen [4]).

1) Die l. 31 ff. de jurejur. enthält hierüber einen besonderen Fall.

2) Th. III. Tit. 52.

3) *Wernher* enunciata for. hod. 208.

4) *Pufendorff* Obs. jur. univ. T. I. Obs. 57. T. II. Obs. 47.

XII.

Von Verzugszinsen, worauf der Richter nicht erkannt hat.

§. 1.

Es kam ein Fall zur rechtlichen Entscheidung, wo der in schuldigen Feldfrüchten bestehende Hauptstok nebst Verzugszinsen eingeklagt, und der Beklagte in die Bezahlung des ersteren verfällt, der Zinsen aber in dem Urtheil nicht erwähnt wurde. Der Kläger ließ dieses in Rechtskraft erwachsen, forderte nun, da lange keine Bezahlung der Hauptsumme erfolgte, die Verzugszinse von der Zeit der eröffneten Sentenz, und stellte darauf seine Bitte. Es entstund also die Frage, ob diese Forderung gegründet sey? Die Entscheidung derselben hieng theils von Erklärung eines römischen Gesezes [1]), das den Fall in terminis enthält, theils von der Billigkeit ab, und der Spruch erfolgte nicht ohne Debatten nach der Bitte des Klägers. Meine Ansicht war schon damals verschieden, und blieb es auch bey weiterem Nachdenken. Eine genaue Entwiklung des gesezlichen Falls schien mir nicht ohne Interesse zu seyn, zumalen, da selbst Noodt ihn nicht berührt, geschweige ausgeführt hat [2]).

1) l. 13. C. de usur.

2) in seiner gründlichen Abhandlung de foenore et usuris in den Operibus III. p. 152—232.

§. 2.

Es ist eine bekannte Sache, daß bey bedungenen Zinsen zwey Obligationen [1]), folglich auch zwey Aktionen [2]) sind, eine wegen der Hauptschuld, die andere wegen der Zinse; so daß, wenn leztere nicht mit dem Capital zugleich gefordert werden, auch nachher noch besonders darauf geklagt werden kann. Eben so bekannt ist es, daß Verzugszinse keine eigene Obligation begründen, sondern mit der Hauptschuld stehen und fallen [3]). Es ist dem Richteramt überlassen, darauf zu sprechen [4]) (officio judicis continentur); wenn er es aber nicht gethan hat; so können sie, als für sich nicht bestehend, nach erfolgtem Spruch in der Hauptsache, auch nicht mehr gefordert werden [5]). Obschon das Darlehen als contractus stricti juris heut zu Tage in Ansehung der Zinse unter die contractus bonae fidei gehört [6]); so sind doch die übrigen gesezlichen Bestimmungen wegen der Verzugszinse unverändert geblieben.

1) l. 8 ff. de eo quod cert. loc.

2) l. 23 ff. de except. rei judic.

3) l. 49. §. 1 ff. de act. emt. vend. pretii sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, *cum hae non sint in obligatione.*

4) ... sed *officio judicis* praestentur. ibid.

5) l. 4. C. depos. ... Sed si cum depositi actione (bon. fidei) expertus es, tantummodo sortis facta

condemnatio est, ultra non potes propter usuras experiri. Non enim duae ſunt actiones, ſed *una*.

6) Reichsdeputat. Abſchied vom Jahr 1600. §. 139.

§. 3.

Die fragliche Geſezſtelle (l. 13. C. de usur.) von Verzugszinſen lautet ſo:

„in b. f. judiciis . . usurarum rationem haberi certum est, ſed ſi finitum est judicium ſententia, quamvis minoris condemnatio facta est, non adjectis usuris, nec provocatio ſecuta est, finita retractanda non ſunt: *nec ejus temporis, quod post rem judicatam fluxerit*, usurae ullo jure postulantur, *nisi ex causis judicati*."

Nur die lezten Worte: *nisi ex causis judicati*: ſind einer verſchiedenen Auslegung fähig; denn die vorhergehenden verordnen unwiderſprechlich: daß, wenn nicht auf Zinſe geſprochen, und von dem Urtheil nicht appellirt worden, auch für die Zeit, welche nach der Sentenz verfloſſen iſt, mit keinem Rechte Zinſe gefordert werden können. Die angehängte Ausnahme iſt: ex causis judicati darf man ſie verlangen. Dies kann ſo viel heißen: Die Verurtheilung des Beklagten in die Hauptſchuld, die derſelbe innerhalb der geſezlichen Zeit [1]) nicht zahlt, gibt dem Kläger das Recht, nach Verfluß derſelben den Beklagten mit der actione judicati, welche eine Novation enthält [2]), auf die geſezlich beſtimmte Zinſen [3]) zu belangen. Doch

bey dieser Erklärung muß man unter den Worten: nec ejus temporis quod post rem judicatam fluxerit: jenen Zeitraum von 4 Monathen verstehen, die das Gesez dem Beklagten von der eröffneten Urthel an zur Zahlung vergönnte [4]); wollte man darunter den Zeitlauf nach diesen 4 Monathen begreifen; so wäre ein Widerspruch vorhanden, indem es zuerst hieße: daß selbst von der seit dieser Periode verflossenen Zeit keine, und am Schluß des Gesezes: daß von da an eine Zinsforderung aus der richterlichen Sentenz mit der actio judicati statt habe. Uebrigens scheint für diese Erklärungsart theils die Allgemeinheit der Verordnung: daß der säumige und ungehorsame Schuldner nach Verfluß der 4 Monathe usuras centesimas zahlen müsse [5]), theils der Umstand zu sprechen: daß diese hohe Zinse bloß für das Capital auferlegt sind [6]). Endlich fällt es auch als unbillig auf, wenn seine neue mora dem Gläubiger keine Zinse verschaffen sollte.

1) l. 1. C. de usuris rei judic.

2) l. 3. C. eod. l. 29 ff. de novat.

3) Diese bestunden sonst in der duplex centesima oder in jährlich 24 Procent. l. un. Cod. Theod. de usur. Justinian sezte sie anfänglich auf dimidium centesimae oder 6 Proc. l. 26. §. 1. C. de usur. herunter, erhöhte sie aber wieder auf die centesimas d. i. 12 Proc. l. 2. 3. C. de usur. rei judic.

4) ebend. n. l. 16. §. 1. ff. de compens.

5) l. 1. C. de usur. rei jud.

6) l. 3. C. princ. eod.

§. 4.

Die zweyte Erklärung der l. 13. C. de usur., welche ich für die richtige halte, weil sie alle der ersten entgegenstehende Zweifel beseitigt, geht dahin: daß in allen Fällen, wo die richterliche Sentenz den Schuldner nicht in die Zinsen verurtheilt, es dabey, wenn nicht appellirt wird, sein Verbleiben hat, und auch wegen der nach dem rechtskräftigen Urtheil verflossenen Zeit, keine Zinsforderung mit irgend einem Recht statt findet, außer es wäre in der Sentenz darauf wirklich erkannt worden (nisi ex causis judicati). Der Ausdruk: ex causis, statt: ex causa, wurde vielleicht deshalb gebraucht, um anzuzeigen, daß das judicatum oder der Urtheilspruch über beyde Gegenstände des Rechtsstreits, über Capital und über die Verzugszinse entscheiden müsse, um die höchsten Zinse (centesimas) für die post rem judicatam verflossene Zeit fordern zu können. Hierunter können jedoch die 4 Monathe nicht verstanden seyn, die dem Schuldner als Zahlungsfrist vor Vollstrekung des Urtheils gegeben sind. Denn die Zinse laufen nur bis zur Sentenz, nach derselben stehen sie innerhalb jener Frist still, und daher heißt diese quadrimestres induciae [1]). Nach deren Verfluß

laufen sie wieder, aber nicht die alten Zinse, sondern die neuen ex causa rei judicatae [2]). Leztere können aber nicht laufen, wenn der Richter auf erstere nicht erkannt hat. Das Gesez [3]) sagt auch ausdrücklich: da der erste Contrakt durch die actio judicati novirt wird; so muß dem Lauf der Zinse, die von dem früheren Contrakt herrühren, nach eröffneter Sentenz Einhalt geschehen.

1) l. 3. C. princ. de us. rei judic. l. 7 ff. de re jud. intra dies constitutos *judicati* agi non potest ... quia consitutorum dierum spatium pro *judicato* non contra *judicatum* per legem constitutum est.

2) *Noodt* de foenore et usuris L. 3. c. 11.

3) l. 3. C. alleg.

§. 5.

Die Novation, welche hier vorgeht, und im Gegensaz der freywilligen, die durch Stipulation erfolgt, eine nothwendige ist [1]), unterscheidet sich von der freywilligen darin, daß sie die frühere Verbindlichkeit nicht aufhebt, sondern derselben zum Nachtheil des Schuldners etwas neues beyfügt [2]). Die actio judicati kann keine Zinsforderung enthalten, wenn der Richter nicht in Zinszahlung verurtheilt hat [3]). In diesem Fall aber können wegen des Ungehorsams des Schuldners in Befolgung des Urtheils, größere Zinsen, als nach dem Contrakt richterlich erkannt sind, nemlich die gesezliche centesimae verlangt werden.

Nun heißt es in der fraglichen l. 13. C.: Zinsen, die in dem Urtheil nicht stehen, werden auch für die nachher verflossene Zeit mit keinem Rechte gefordert; hingegen in der l. 1. und 2. C. de usur. rei jud. steht: Die usura centesima wird für die Zeit bezahlt, die nachher (post rem judicatam) verstrich. Dieser Widerspruch läßt sich allein heben, wenn die Ausnahme nisi ex causis judicati, nach dem natürlichen Sinn der Worte: von dem Fall verstanden wird, wo der Richter auch in die Zinse verurtheilt hat.

1) l. 29 ff. de novat. aliam causam esse novationis voluntariae, aliam *judicii accepti* — — l. 83. §. 1 ff de V. O. . . stipulatio ex utriusque consensu valet: judicium autem etiam *in invitum* redditur, et ideo actori potius credendum est: alioquin semper negabit reus se consensisse.

2) ibid. neque enim deteriorem causam nostram facimus *actionem* exercentes, sed *meliorem*. l. 86. 87 ff. de R. J. Daher behält der Gläubiger sein Pfandrecht, seiner actio judicati unerachtet, nec enim, sagt die l. 13. §. 4 ff. de pign. per hoc videtur satisfactum creditori, quod habet judicati actionem.

3) l. 1 ff. de re jud. Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronunciatione judicis accipit, quod vel absolutione vel *condemnatione* contingit. l. 4. §. 7. eod. Solvisse accipere debemus omnem omnino, qui ea obligatione liberatus est, quae *ex causa judicati* descendit.

§. 6.

Denselben Sinn legt auch Justinian in diese Worte, wenn er verordnet [1]): daß der Verurtheilte, nach Verfluß der ihm nachgelassenen 4 Monathe, die centesimas, in Gemäßheit des Spruchs (secundum naturam judicati), jedoch nur von dem Capital, und nicht von den Zinsen, in welche aus dem vorigen Contrakt verurtheilt worden ist, zu bezahlen habe. Und am Schluß der Verordnung, wo er den Zinsenlauf aus jenem Contrakt nach gefällter Sentenz hemmt, sezt er die Zinse ex judicati actione, aber bloß für das Capital, an deren Stelle, mit dem Beysaz: daß, wenn vielleicht in dem Urtheil Capital und Zinse zusammensummirt worden, alsdann nicht die Zinsen (centesimae) für die ganze Summe, sondern einzig und allein für den Hauptstok berechnet werden sollen. Ueberhaupt wird dieses Gesez jeden, der es mit Aufmerksamkeit und im Zusammenhang liest, überzeugen, daß keine usura centesima nach den 4 Monathen vom Tag der Verurtheilung, das heißt post rem judicatam, zu laufen anfieng, wenn nicht schon vorher ein Zinsenlauf aus dem Contrakt bis zum Urtheil vorhanden, und darin auf Zinse erkannt war. Doch selbst ohne dieses positive Gesez kann schon nach dem römischen Rechtssystem actio judicati nicht auf Zinsen gerichtet seyn, wenn das judicatum oder das Urtheil sich nicht darauf erstrekte. Wird aber

auch in die Zinse verurtheilt; dann ist das Addidtament oder die Erhöhung derselben post rem judicatam als Novation zur Strafe des Schuldners und zum Vortheil des Gläubigers jenem System vollkommen gemäß.

1) l. 3. C. de usur. rei jud.

§. 7.

Zwar ist in den beyden ersten Gesezen des Tit. C. de usur. rei jud. die Verordnung: daß der Verurtheilte nach 4 Monathen die centesima zahlen müße: ganz allgemein ausgedrükt, und namentlich sagt das zweyte Gesez: daß von denen, welche vom Tage der Verurtheilung über 4 Monathe, oder, wenn appellirt worden, vom Tage der Bestätigung des ersten Urtheils, es mit der Zahlung der Gelder, die ihnen auferlegt wurde, haben anstehen lassen, die centesimae eingetrieben werden sollen. Aber dies konnte nicht anderst, als auf vorher angestellte actio judicati geschehen, welche durchaus nicht erlaubte, eine Sache zu fordern, worauf der Richter nicht gesprochen hatte, also auch hier keine Zinsen, nisi ex causa judicati. So erklärt selbst Justinian diese seine Verordnung in dem darauf folgenden dritten Gesez, als einer näheren Entwiklung und Erläuterung derselben.

§. 8.

Er gibt darin die Ursachen an, warum er

nach Verfluß des von dem Tag des Urtheils bestimmten Zeitraums die centesimas, und warum er ihre Entrichtung bloß aus dem Capital, und nicht aus den schon vorher fälligen und erkannten Zinsen verordne. Er hielt die centesimas für rechtmäßig, weil sie usurae punitoriae, folglich größer, als die gewöhnlichen seyn sollten, welche er in einem andern Gesez [1]) nach dem Stand der Personen und ihres Gewerbes verschieden bestimmt, und in der Regel auf höchstens 6 Procent bey Contrakten gesezt hatte. Die Beschränkung derselben auf das Capital geschah aber deswegen, weil er nach seinem schon älteren Verbot, Zinse aus Zinsen zu fordern [2]), in jedem Fall, wodurch jenes Verbot hätte eludirt werden können, ausschließen wollte.

Zum Ueberfluß bemerke ich noch ein Gesez aus den Pandekten [3]). Darin sagt Papinian: daß der Richter mit Unrecht Sicherheitsleistung wegen der Bezahlung künftiger Zinse auf den Fall verlange, wenn der Verurtheilte die Sentenz zu spät befolge, da der Kläger Fug und Macht habe, das ihm Zugesprochene (judicatum) zu fordern, was übrigens nur mit der actio judicati geschehen kann.

1) l. 26. §. 1. C. de usur.

2) l. 28. eod.

3) l. 1. §. 2 ff. de usur.

§. 9.

Endlich frägt sich, ob nicht heut zu Tag in Fällen der l. 13. C. de usur., weil auf centesimas nicht mehr erkannt wird, der Verurtheilte in der Hauptsache auch zur Bezahlung der gewöhnlichen Verzugszinse post rem judicatam aus Gründen der Billigkeit anzuhalten sey? indem es hart wäre, wenn die neue Saumseeligkeit des Schuldners in Befolgung des richterlichen Spruchs den Kläger nicht berechtigen sollte, demselben durch Zinse den Gewinn zu entreissen, den er zu seinem Nachtheil durch die gesezwidrige mora gemacht hat. — Daß der Gläubiger diese Zinse mit der actio judicati nicht fordern könne, ist dargethan worden, und daß nach Entscheidung der Hauptsache keine besondere Klage auf Verzugszinse statt finde, habe ich gleich Anfangs gezeigt. Eben so wenig kann der Richter von Amtswegen diese Zinse zusprechen, nachdem er schon vorher ohne Zinse verurtheilt hat. Die Geseze sagen ausdrüklich: sobald der Richter einmal eine Sache durch Urtheil entschieden hat, hört er auf, darin Richter zu seyn; er mag nun zu viel oder zu wenig zuerkannt haben, sein Spruch bleibt durch ihn unabänderlich [1]). Es hängt ja von dem Kläger ab, gegen das Urtheil, das ihm keine Zinse zusprach, Appellation zu ergreifen [2]), um sie vielleicht noch zu erhalten. Hat er sich aber dieses, für unbillige Sentenzen [3]) eigentlich bestimmten Rechts-

mittels nicht bedient; so ist es seine Schuld [4]), und dann kann gegen das Gesez keine rechtliche Billigkeit, noch weniger eine aequitas cerebrina eintreten.

1) l. 55 ff. de re judic. . . . ſemel enim male ſeu bene officio functus est.

2) l. 12. C. de usur. l. 2. C. de usur. rei judic.

3) l. 17 ff. de min. . . . appellatio *iniquitatis* ſententiae querelam continet. l. 1 ff. de appell. appellandi usus . . . *iniquitatem* judicantium vel imperitiam corrigit, licet nonnunquam bene latas ſententias in pejus reformet.

4) l. 203 ff. de R. J.

§. 10.

Dieser Meinung pflichten auch berühmte praktische Rechtslehrer bey, als Mevius [1]), Leyser [2]), Wernher [3]), Struben [4]), Bellmann [5]). Zwar glaubt Brunnemann in seinen Bemerkungen zu der l. 4. Cod, Depos., daß die l. 16. ff. de exc. rei judic. dieser entgegenstehe, worin es heißt; es sey höchst unbillig, daß die exceptio rei judicatae demjenigen nüzlich seyn soll, gegen welchen gesprochen (judicatum) worden sey. Allein hier ist nicht der mindeste Widerspruch. Er würde nur vorhanden seyn, wenn der Beklagte dem Kläger diese Exception in einem Fall machen könnte, wo wider ihn erkannt worden wäre, oder wo ihm ein besonderes neues Klag-

recht zustünde. In Anwendung auf unsere Frage hat er sie rüksichtlich der Verzugszinse, weil er nach dem Urtheil dißfalls nichts zu thun schuldig, hingegen er hat sie nicht in Ansehung der Hauptschuld, in deren Zahlung er verfällt worden ist.

1) Decis. P. 3. Dec. 420.

2) Medit. ad Pand. Spec. 243. Med. 6.

3) Sel. obs. Part. VI. Obs. 377.

4) Rechtliche Bedenken I. Th. Bed. 65.

5) de effect. fentent. ad omissa in restit. fructuum, expensarum et usur.

XIII.

Ueber gerichtliche Eideszuschiebung wegen unerlaubter Handlungen des Testamentserben gegen den Testirer.

§. 1.

a) nach dem Gerichtsbrauch.

Es ist als Regel angenommen und allgemeine Praxis, daß die Zuschiebung des Judicialeids in allen Rechtssachen, und selbst bey einer Civilklage in causis famosis [1]) statt finde. Nach derselben werden auch Testamentserben wegen Zwang, List, falscher Ueberredung, Verhezung, oder anderer unerlaubter Handlungen, wodurch entweder der Erbsezer zu ihrem Vortheil zu testiren vermocht, oder das schon vorhandene Testament zu ihrem Nachtheil zu widerrufen, oder abzuändern, verhindert worden ist, sowohl gerichtlich belangt, als ihnen darüber, daß sie sich solcher Handlungen nicht schuldig gemacht haben, der Eid zugeschoben.

Nur darin ist der Gerichtsbrauch nicht übereinstimmend, ob diese Eideszuschiebung ohne Anführung besonderer faktischer Umstände und Verdachtsgründe, oder allein mit dieser Anführung zulässig sey. Der ersteren Meinung sind unter so vielen, Deinlein [2]), die Tübinger Juristenfakultät [3]), Stryk [4]), Lynker [5]) 2c. Die zweyte hingegen nehmen Leyser [6]), Berger [7]), der Hessenkasselische Gerichtshof [8]) und andere an.

Nur wenige, als Carpzov [9]), Moller [10]) und Martini [11]), verwerfen hier gänzlich den Eid.

1) *Leyser* in Med. Spec. 135. n. 9. *Bachov* ad Tit. de his q. not. inf. c. 2.

2) in Diss. de licita jurisj. judic. delatione ſuper facto illicito et ſpeciatim libertatem testandi impediente, einer nach innerem Gehalt unbedeutenden Schrift.

3) Cons. Tubing. T. I. C. 100.

4) de cautelis testam. C. 1. §. 8. 9.

5) in Decis. 323.

6) in Medit. Spec. 375. Med. 36.

7) Elect. Disc. for. T. 18. p. 522.

8) Decis. Hasso Cass. T. 2. D. 42. T. 5. D. 132. T. 6. D. 173.

9) Part. 3. Const. 5. n. 17.

10) ad cit. Const. et L. 3. Semestr. c. 42.

11) ad Ord. Proc. Sax. T. 18. n. 71.

§. 2.

Die erste, gerichtlich mehr recipirte Meinung, wird gewöhnlich gerechtfertigt:

1) Durch die Regel, wovon kein römisches Geſez eine Ausnahme mache, nach welcher man den Grund ſeiner Klage in Ermanglung anderer Beweismittel durch Eideszuſchiebung darzuthun befugt ſey.

2) Durch die damit übereinſtimmende Analogie geſezlich entſchiedener Fälle, z. B. durch die l. fin.

C. de fideic., wo der fideikommissarische Erbe dem fiduciarischen und eingesezten Erben den Eid zuschieben könne, ohne die Beschaffenheit und Größe des Fideikommisses näher zu bestimmen.

3) Durch die Nothwendigkeit der Sicherstellung der gesezlich begünstigten lezten Willensverordnungen gegen die Kunstgriffe der Erbschleicher, welche meistens so geheim und fein angebracht wären, daß der Intestaterbe auch bey seinem vielleicht nicht ungegründeten Verdacht doch nicht im Stande sey, als Kläger die Art und Weise der Erschleichung des im Streit befangenen Testaments umständlich und genau anzugeben, wo also, wenn dies erforderlich wäre, jener Zwek nicht erreicht werden könnte.

4) Dadurch, daß sich der Delat über die Eideszuschiebung nicht beschweren könne, da sie ihn zum Richter in seiner eigenen Sache mache; auch sey er durch den Eid vor Gefährde, welchen der Deferent auf sein Verlangen schwören müsse, gegen Neid und Bosheit hinreichend geschüzt.

§. 3.

Dagegen sagen die Vertheidiger der andern Meinung: Zu jeder Aktion oder Exception werde ein klares Faktum erfordert, um daraus zu sehen, ob die eine oder die andere darin gegründet sey. Eidesdelation mache die Anführung besonderer Thatumstände um so nothwendiger, damit der Richter beurtheilen könne, ob wirklich unerlaubte Kunstgriffe von dem eingesezten Erben gebraucht

worden seyen. Wenn die Aussage eines Zeugen über Furcht, Zwang, oder Arglist ohne Angabe näherer und besonderer Umstände unerheblich sey; so müßte es noch weit mehr eine ohne dieselbe erfolgte Eideszuschiebung seyn. Eigentlich gehöre bloß das Faktum des Zwangs oder der Ueberredung zu dem Beweis (in das probandum), also hier in den Eid; über die Moralität und Zurechnung der Handlung, ob nemlich die Ueberredung für arglistig, die Furcht und der Zwang für erheblich zu achten, und ob das erst errichtete, oder nicht abgeänderte Testament damit im Causalverhältniß stehe, habe der Richter zu urtheilen. Im entgegengesezten Fall hienge es von den Begriffen und den eigennüzigen Absichten der Partheyen ab, jede Ueberredung für arglistig, jede dem Testirer gemachte Vorstellung, jede nicht widerrechtliche Handlung, für unerlaubten Zwang zu halten.

§. 4.

Die wenigen Praktiker endlich, welche hier gar keinem Eid statt geben, haben statt triftiger Gründe, die sich dafür anführen lassen, gerade unbedeutende und solche beygebracht, deren Widerlegung ihren Gegnern leicht war. Ihr erster ist, weil der, welcher durch unerlaubte Mittel jemand zu testiren vermöge, ooder daran verhindere, in eine von dem Ermessen des Richters abhängende Kriminalstrafe verfalle, womit keine Eideszuschiebung bestehen könne. Der zweyte geht dahin: daß

durch solche Eideszuschiebungen manche Testamente kraftlos gemacht und unerfüllt bleiben würden (irrita et destituta); weil Menschen von zartem Gewissen sich eher entschließen, eine Erbschaft nicht zu haben, als einen Eid abzuschwören. Der dritte ist: daß sich hier deswegen kein Eid zuschieben lasse, weil der Delat ihn nicht zurükschieben könne; der vierte endlich, weil der Fiskus, der dem Schuldigen als einem Unwürdigen (tanquam indigno) die Erbschaft entziehe, durch Abschwörung des Eids in Schaden gesezt werde.

§. 5.

Die Entstehung des angeführten Gerichtsbrauchs (§. 2.) konnte nicht fehlen, so bald man sich nicht an das römische Rechtssystem und dessen Prinzipien, sondern bloß an einzelne Geseze hielt, welche 1) in allen Civilklagen [1]), wenn auch die Verurtheilung mit Verlust der Ehre verknüpft ist [2]), 2) über alle Gegenstände [3]), 3) gegen alle Personen [4]) die Eidesdelation zulassen; welche den Eid der Wirkung nach für ein Beweismittel ansehen [5]), und zugleich verordnen: daß mit Abschwörung desselben der Gegenstand des Rechtsstreits erwiesen [6]), und für immer beendiget sey [7]).

Aber unnatürlich und unerklärlich kommt dieser Gerichtsbrauch und dessen beständige Beybehaltung demjenigen vor, der das römische Recht im Zusammenhang betrachtet, und die Gesezstellen in Verbindung mit dem Ganzen auf die Eideszuschie-

bung anwendet. Man wird dann ohne Mühe gewahr, daß keine derselben von den Prinzipien abweicht. Was diese von Klagen oder Rechtsmitteln, vom Beweise des Rechts, und von der Obliegenheit des Beweises festsezen, findet auch bey den Gesezen über die Eidesdelation seine volle Anwendung.

1) l. 3 §. 1 ff. de jurej.

2) l. 9. §. 2. l. 13. §. 2. eod. l. 5. §. 8. l. 11. §. 1 ff. de injur.

3) l. 34 ff. de jurej. jusjurandum et ad *pecunias*, et ad *omnes res* locum habet.

4) l. 25. l. 26. eod.

5) l. 11. §. 3. eod. perindeque haberi, quod juratum est, *atque si probatum esset.*

6) l. 5. §. 2. eod. dato jurejurando, non aliud quaeritur, quam an juratum sit, remissa quaestione, an debeatur. *quasi satis probatum sit* jurejurando §. 11. J. de act.

7) l. 31. in fin. ff. eod. l. 1. C. de reb. cred. . . nec *perjurii* praetextu retractari potest. l. 11. in fin. C. eod.

§. 6.

Nun sezt aber das Rechtsmittel oder die Aktion nothwendig ein Recht, und dieses eine obligatorische Handlung — Contrakt, oder Quasicontrakt, oder eine Verbindlichkeit zum Schadensersaz aus einem widerrechtlichen Faktum — als Rechtsgrund voraus. Diesen muß der Kläger [1]), so wie der Beklagte seine dagegen vorgebrachte Einrede [2]),

beweisen, und es steht in der Willkühr von beyden, ob sie ihren Beweis durch Zeugen, oder Urkunden, oder durch Eideszuschiebung führen wollen. Wird leztere gewählt, was nicht leicht geschieht, so lange erstere als eigentliche Beweisarten, womit ausgereicht werden kann [3]), zu Gebot stehen; so ist der Gegner und Delat um so weniger dadurch beschwert, da der Deferent ihn gleichsam zum Richter in seiner eigenen Sache macht, und es von ihm abhängt, ob er schwören, oder den Eid zurükschieben [4]), oder sein Gewissen mit Beweis vertreten will. Nur muß man nicht glauben, daß derjenige, der sich dieses Rechtsmittels, den Rechtsstreit zu endigen [5]), bedient, dadurch die Beweislast auf den andern hinwälze. Diese liegt immer auf dem Kläger, nie auf dem Beklagten [6]), der das Faktum läugnet [7]), worauf jener sein Recht gründet. Wäre dies nicht auch hier der Fall; so müßte der Delat schlechterdings schwören; so aber steht es bey ihm: — da doch eine der Partheyen Recht behalten muß — ob er den Eid leisten, oder dem Deferenten, der ihn dann schwören muß, zurükschieben will. Eines von beyden muß er wählen [8]), und für den, welcher schwört, wird gesprochen [9]).

1) l. 2. l. 18. §. 1. l. 21 ff. l. 1. l. 8. C. de probat. frustra veremini, ne ab eo, qui lite pulsatur, probatio exigatur.

2) l. 18. §. 1. l. 19 ff. l. 19. C. de probat.

3) l. 11. C. de reb. cred.

4) l. 34 ff. de jurej. nec de injuria queri adversarius potest, cum possit jusjurandum referre. l. 12. §. 1. C. de reb. cred.

5) l. 1 ff. de jurej. *maximum* remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio.

6) l. 21 ff. de prob. ſemper necessitas probandi incumbit illi, *qui agit* l. 19. l. 20. C. eod.

7) l. 23. C. eod. cum per rerum naturam *factum negantis* probatio nulla ſit.

8) l. 38 ff. de jurej. manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare nec jusjurandum referre.

9) l. 34. §. 9 ff. eod. cum res in jusjurandum demissa ſit, judex jurantem absolvet, referentem audiet, et ſi actor juret, *condemnet* reum . . . ex relatione, non jurante actore, *absolvet* reum. l. 12. §. 1. C. de reb. cred.

§. 7.

b) nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

Jeder Aktion muß eine verbindliche erlaubte oder unerlaubte Handlung zum Grund liegen, und daraus ein Recht gegen den Beklagten behauptet werden; nur mit dem wichtigen Unterschied: daß, wer sein Recht auf ein erlaubtes Faktum gründet, seinem Gegner, der es läugnet, statt dessen Beweises sogleich einen Eid zuschieben kann. Die Ursache liegt darin, weil bey der Ungewißheit der Handlung die gleiche Vermuthung für den Kläger: daß er nicht Unwahrheit rede, wie

für den Beklagten streitet: daß er die Wahrheit nicht läugne. Diese Vermuthung wird durch Beweis, oder die dafür geltende Eidesleistung für einen Theil zur rechtlichen Gewißheit erhoben. Daher kann ich z. B. einen auf 1000 fl. ex mutuo belangen, und ihm über diese Forderung, wenn er derselben nicht geständig ist, den Eid sofort deferiren. Gerade das erlaubte und rechtliche dieser Handlungen, welche täglich vorkommen, und durch das Bedürfniß im Verkehr nothwendig werden, ist der Grund, daß sie die allgemeine Vermuthung für sich haben. Deswegen kann der Kläger, der aus einer dieser Handlungen ein Recht anspricht, dem Beklagten, der es bestreitet, einen Eid zuschieben. Durch dessen Abschwörung wird die klägerische Behauptung entkräftet: daß die verbindliche Handlung, welche er, wie jeder andere, unternehmen durfte, wirklich von ihm geschehen, er daher dem Kläger nichts zu leisten schuldig sey.

§. 8.

Will aber auf ein unerlaubtes Faktum des andern ein Recht gegründet werden; so muß die Wirklichkeit desselben unbestritten, und nur der Thäter noch ungewiß seyn. Ich stelle z. B. wegen eines mir widerrechtlich zugefügten Schadens die actio ex lege aquilia an; so wird kein Richter mit dieser Klage mich hören, ehe das damnum injuria datum im Reinen ist. Erst dann kann ich den Cajus, oder wen ich für den Urheber

des Schadens halte, auf Ersaz belangen, oder ihm, wenn er das Faktum läugnet, darüber den Eid zuschieben. Eben so darf ein schwangeres Mädchen den Titius als Schwängerer anklagen, und ihn im Läugnungsfall auf den Eid treiben. Weil nämlich das Faktum der Schwängerung vorliegt, und nur von dem Urheber die Frage ist; so kann dies Titius eben so gut, als ein anderer seyn, und da die Entehrte am besten wissen kann, mit wem sie zu thun hatte; so ist es so gar wahrscheinlich, daß derjenige es sey, den sie anklagt. Läugnet derselbe, sich mit ihr eingelassen zu haben, und der Thäter ist ungewiß; so muß der Richter, nachdem das Faktum außer Zweifel ist, auch darüber rechtliche Gewißheit haben. Die Stelle derselben vertritt der Eid; schwört ihn der Angeklagte auf dessen Zuschiebung von der Klägerin ab, so spricht der Richter ihn frey, so wie er im entgegengesezten Fall ihn als Thäter verurtheilt.

§. 9.

Die unerlaubte Handlung, worauf hier die Klage gegründet wird, darf niemand thun; sie ist rechtlich unmöglich, und gegen sie streitet die allgemeine Vermuthung. Man muß sie als nicht geschehen annehmen, so lange die wirkliche That nicht vom Gegentheil zeugt. Dies ist der vernünftige und natürliche Grund, warum vorher kein Recht darauf gebaut, noch weniger aber jemand deren beschuldigt und deshalb gerichtlich belangt

werden kann. So bald aber das widerrechtliche Faktum außer Zweifel ist, dann läßt dasselbe ein Klagrecht gegen denjenigen zu, der es entweder wirklich begangen hat, oder doch für den Thäter gehalten wird. Nur darf im lezteren Fall die Klage nicht ganz allgemein lauten, sondern sie muß besondere Umstände enthalten, die dem Richter die Einsicht verschaffen, warum sie gegen die darin benannte Person gerichtet ist. Daß ohne solche specielle Angaben keine Aktion fundirt sey, fällt in die Augen; denn sie sind der einzige Grund des Klägers, den Beklagten vor jedem andern zu belangen, und sie allein können den Richter berechtigen, die Klage anzunehmen, und darauf den Prozeß zu erkennen. Unter dieser Voraussezung läßt sich im Läugnungsfall des Beklagten das Recht des Klägers zur Eidesdelation nicht verkennen. Denn gesezt auch, ein sonderbarer und höchst seltener Zufall, hätte die scheinbaren Umstände wider den Beklagten herbeygeführt, und dieser wäre dennoch unschuldig; so kann er sich nicht über Unrecht beschweren, da nicht die ungewöhnlichen, sondern gewöhnlichen Ereignisse der rechtliche Maasstab für die menschlichen Handlungen sind.

§. 10.

Dagegen kann in Ermanglung von Umständen, die den Urheber der unerlaubten Handlung wahrscheinlich bezeichnen, ein nur in der Einbildung liegender Verdacht durchaus kein Grund

seyn, jemanden als Thäter vor Gericht zu ziehen, und, statt die angestellte Klage zu beweisen, ihm darüber, daß er es nicht sey, einen Eid zuzuschieben. Die Ursache ist klar; sie liegt theils in der allgemeinen Vermuthung der Rechtlichkeit, die jedermann so lange für sich hat, als sie nicht in einzelnen Fällen durch einen natürlichen, das heißt auf besondere Thatumstände gegründeten Verdacht entkräftet wird; theils und hauptsächlich in dem ursprünglichen und ewigen Recht der menschlichen Freyheit, wornach niemand gezwungen werden kann, einen Eid zu schwören, um dadurch zu erweisen, daß er der ihm zugerechneten widerrechtlichen Handlung nicht schuldig, oder wohl gar, daß er kein Schurke und Verbrecher sey [1]). Ganz grundlos sind dagegen die Einwendungen: a) daß er durch den ihm zugeschobenen Eid nur Richter in seiner eigenen Sache werde, — denn wer an einen andern kein Recht hat, kann ihn vor keinem Richter, auch vor ihm selbst nicht belangen; b) daß er den Eid, wenn er nicht schwören will, zurükschieben könne. — Allein, dies geht entweder nicht an, wenn nemlich von Beschwörung seiner eigenen Handlung die Rede ist, oder er ist doch der Gefahr ausgesezt, im Fall der Relat schwört, das bezahlen oder leisten zu müssen, was er vielleicht nicht schuldig ist; c) daß er vor der Eidesleistung dem Deferenten den Eid vor Gefährde abfordern könne. — Diesen wird derselbe bey seiner

vorgefaßten Meinung: der Beklagte sey der unerlaubten Handlung schuldig: oder, wenn er ihn gar absichtlich zum Thäter machen will, leicht und ohne Ueberwindung abschwören.

1) Dies ist der Fall, wenn der Eid nicht über eine unerlaubte culpose, sondern über eine dolose Handlung — dem Gegenstand dieser Ausführung — oder gar über ein namentliches Verbrechen, als Diebstahl, rc. zugeschoben wird.

§. 11.

Nach diesen Rechtsprinzipien angewandt auf den Fall, wo die Testamentserben von den gesezlichen beschuldiget werden, daß sie durch allerley Ränke und Kunstgriffe den Erblasser gegen seinen ursprünglichen Willen zu ihren Gunsten zu testiren vermocht, und ihnen dadurch die Erbschaft entzogen hätten, können die Intestaterben ohne bestimmte, und das fragliche Vergehen wahrscheinlich machende Angaben, gegen die testamentarische um so weniger als Kläger auftreten, als sie ein förmlich errichtetes Testament, und den darin von dem Erblasser selbst als frey ausgesprochenen Willen gegen sich haben. Am allerwenigsten können sie über eine solche unbescheinigte Klage, deren Grund gewöhnlich in ihrer Einbildung wegen getäuschter Erwartung, und in Beneidung der Testamentserben liegt, diesen einen Eid zuschieben und von ihnen verlangen, zu schwören, daß sie den freyen Willen des Testirers auf keinerley Weise gehindert,

noch die Erbschaft auf irgend eine unerlaubte Art erschlichen hätten. Das Gegentheil nach dem bisherigen Gerichtsbrauch behaupten, heißt eine Klage ohne Recht gestatten, und dieses durch die allenfalls verweigerte Leistung des zugeschobenen Eids erst begründen wollen, aus welcher nemlich die Wirklichkeit der dem Testamentserben angeschuldigten Handlung hervorgehen soll.

Demselben wird mittelst Verkehrung der Rechtsbegriffe religiöser Zwang angethan, um einen vermeintlichen Zwang des Testirers aufzufinden, und sich dadurch entweder den Weg zu einem nicht habenden Recht zu bahnen, oder das vorhandene Recht des Erben aus einem gültigen Testament erst von einem unstatthaften Eid abhängig zu machen. Läßt diesen auch ein aufgeklärter Richter als erheblich noch zu; so geschieht es nur durch die tyrannische Praxis, unter welcher manche bessere Ansicht erliegt [1].

1) Dieser Gerichtsbrauch siegte auch in einem von mir 1791 vorgetragenen Rechtsfall, wo die Erblasserin ihre Bruderstochter und nächste Intestaterbin aus bewegenden Ursachen ausschloß, und ihren Stiefsohn und 2 Stiefenkel zu Erben förmlich einsezte, weil sie ihr stets mit kindlicher Ehrfurcht und aller Liebe und Treue begegnet hätten, wo das Testament theils wegen der von den eingesezten Erben der Testirerin gegen die Intestaterbin angeblich beygebrachten gehäßigen Gesinnungen, theils wegen Verhinderung der Erblasserin, ihren

bereuten lezten Willen durch ein neues Testament zu verändern, mit der Nichtigkeitsklage angefochten, und den Erben zugleich über diese nicht im geringsten bescheinigte Angaben der Judicialeid zugeschoben wurde.

§. 12.

Zwar will die Praxis, wie ich schon angezeigt habe, die Eideszuschiebung in dergleichen Fällen mit der Nothwendigkeit rechtfertigen, den so fein angelegten Kunstgriffen der Erbschleicher dadurch zu begegnen, und das Haupterforderniß der Testamente, nemlich die völlige Freyheit bey deren Errichtung aufrecht zu halten. Allein aus der Möglichkeit solcher unerlaubter Einwirkungen auf den lezten Willen der Testirer, darf man nicht auf ihre Wirklichkeit schließen; — ein Schluß, den die im Testament übergangene Intestaterben nur gar zu oft machen — und dann läßt sich, wenn diese Wirklichkeit durch besondere Thatumstände nicht wahrscheinlich gemacht werden kann, darauf kein Klagrecht, noch weniger ein Beweis durch Eidesdelation zu Entkräftung des testamentarischen Erbrechts gründen, zumalen, wenn der Testirer nach dessen angeblich nicht frey errichteten Willen noch einige Zeit gelebt, und ihn unverändert gelassen hat.

Auch muß die Freyheit lezter Willensverordnungen, so lange nicht wichtige Gründe dagegen sind, schon an sich, und wegen der großen Begünstigung derselben um so mehr angenommen werden,

da sich die Geseze weniger über die Freyheit, als über die Befolgung und Aufrechthaltung der Testamente verbreiten [1]). Endlich tritt hier auch die nicht unwichtige Frage ein: ob denn die Nichtigkeit lezter Willensverordnungen, deren Errichtung oder Fortdauer in unerlaubten Handlungen der eingesezten Erben wirklich ihren Grund hat, so ganz rechtlich ausgemacht sey? Wir wollen nun hierüber das römische Recht hören.

1) l. 23. C. de legat. in omnibus enim testatoris voluntatem, quae *legitima* est, *dominari* censemus. l. 19 ff. de cond. et demonstr. l. 5. C. de necess. hered. instit. Hier sezt Justinian den Grund seiner Decision darin: „*quia semper vestigia voluntatis sequimur testatorum.*" l. 30. C. de inoff. testam. fängt damit an: omnimodo *testatorum voluntatibus* prospicientes etc. l. 31. eod. quae nuper ad testamenta *conservanda* nec facile *retractanda* sancivimus.

§. 13.

c) nach römischen Gesezen.

Wenn gleich bey Civilklagen aus Verbrechen auch Eideszuschiebung statt fand; so war sie doch nicht zuläßig vor konstatiter Uebelthat, welche die Verbindlichkeit begründete [1]), und zur zwekmäßigen Klage berechtigte [2]). Aber auch dann war sie es nur durch Angabe bestimmter faktischer Umstände [3]), die den Beklagten als Thäter bezeichneten, und die ihn im Läugnungsfall auf den Eid zu treiben erlaub-

ten [4]). Doch muß diese Verordnung nicht immer genau befolgt, und manchmal ein Unschuldiger mit entehrenden Klagen belangt worden seyn. Denn Ulpian sagt ausdrüklich: „daß man nun auch bey der Diebstahlsklage in crimen subscribiren müsse, nicht als ob sie eine öffentliche Anklage (publicum judicium) sey, sondern weil es nöthig geschienen habe, die Frechheit der Kläger auch mit einer ausserordentlichen Strafe zu ahnden [5].“ Paulus erklärt sich über lezteren Punkt eben so [6]). Endlich verordnete der Prätor [7]): „daß, wer eine Injurienklage anstelle, die erlittene Injurie bestimmt angeben solle, weil bey einer actio famosa niemand den guten Namen eines andern durch grundloses Klagwerk in Gefahr bringen dürfe.“

1) pr. J. de oblig. quae ex del. . . hae obligationes unius generis sunt: nam omnes ex re nascuntur, i. e. *ex ipso maleficio.* l. 4. l. 54. §. 8. ff. de Obl. et Act.

2) l. 2. C. de form. fordert eine actio *apta* rei et praeposito negotio competens.

3) l. 6. C. de dol. mal. dolum ex *indiciis perspicuis* probari convenit.

4) l. 6. §. 4. ff. de his q. not. inf. sed et si jurejurando delato juraverit quis, *non deliquisse*, non erit notatus, nam quodammodo innocentiam suam jurejurando approbavit.

5) l. 92 ff. de furt.

6) l. 3 ff. ad SCtum Turpill.

7) l. 7 ff. de injur.

§. 14.

Es ist weder aus irgend einem Gesez erweislich, noch mit dem römischen Rechtssystem vereinbar, daß man wegen einer bloß vermutheten, und nicht wirklich vorliegenden unerlaubten Handlung, jemand verklagen, geschweige darüber einen gerichtlichen Eid zuschieben konnte. Die dagegen oben (§. 2.) bemerkte Constitution des Kaisers Justinian [1]) widerspricht diesem Saz nicht, vielmehr bestätigt sie ihn. Sie verordnet nemlich aus Gelegenheit eines von dem Testirer nicht schriftlich und nicht vor Zeugen errichteten Fideikommisses, daß: „wenn der fideikommissarische Erbe dem ein„gesezten (fiduciarius) Erben, oder dem Legatar, „oder dem Fideikommissar in den Fällen, wo ei„nem derselben ein Fideikommiß zur Restitution „hinterlassen worden, statt Beweises den Eid zu„schiebe, dieser nach vorher von dem Deferenten „geleistetem Eid vor Gefährde, ihn schwören, „oder im Weigerungsfall, und wenn er den be„stimmten Theil oder die Größe des hinterlassenen „Fideikommisses nicht angeben wolle, dasselbe „nach der Forderung des Fideikommissars ganz „herausgeben müsse, da dieser ihn zum Richter „und Zeugen in seiner eigenen Sache gemacht „habe." — Aber auch hier wird das Faktum eines von dem Testirer errichteten Fideikommisses nicht bezweifelt [2]); vielmehr ist dieses die erste Bedingung der Verordnung [3]); nur die nähere Beschaf-

fenheit und Größe des Fideikommisses ist nicht bekannt. Darüber deferirt der Fideikommissar dem fiduciarischen Erben den Eid nach den Worten: „si forsitan majorem partem vel quantitatem fideicommissarius expetat"; ein Eid, der ganz zwekmäßig und zu Erfüllung des lezten Willens des Verstorbenen nothwendig ist.

1) l. fin. C. de fideic.

2) quotiens ab eo *relictum est* fideicommissum.

3) In dem §. 12. J. de fideic. hered. worin sich auf jene Verordnung berufen wird, heißt es: si testator fidei heredis sui *commisit* . . si heres perfidia tentus, *adimplere* fidem recusat etc.

§. 15.

Ueber den Gegenstand dieser Erörterung drükt sich der römische Kaiser Alexander so aus [1]: „Zu der Civilrechtssache kommt noch ein Verbrechen, wenn der Testirer nicht aus freyem Willen sein Testament gemacht hat, sondern von dem eingesezten Erben, oder von irgend jemand anderem genöthiget worden, diejenigen, welche er nicht wollte, zu Erben zu ernennen." Auch Ulpian sagt [2]: „wer in der Absicht eine Erbschaft ab intestato, oder ex testamento zu erhaschen, den Testamentsschreiber, der einen lezten Willen aufsezen, oder verändern soll, nicht zum Haus hereinläßt, der soll nach der Constitution des Kaisers Hadrian keine rechtliche Ansprache an die Erbschaft haben, sondern der Fiskus eintreten."

Aus diesen und andern Gesezen erhellet, daß, so oft durch Gewalt, Zwang oder Dolus [3]); die Errichtung eines Testaments oder die Veränderung eines schon vorhandenen bewirkt worden, die Erbschaft dem eingesezten Erben, als einem Unwürdigen, genommen wurde, und dem Fiskus anheim fiel. Noch allgemeiner ist die gesezliche Verfügung: daß, wer etwas gegen den lezten Willen des Verstorbenen unternimmt, und denselben anficht [4]), der Erbschaft, des Legats, oder anderer Vortheile aus dem Testament (quod testamento meruit) verlustig seyn, und der Fiskus diese erhalten soll.

1) l. 1. C. si quis aliq. test. prohib.

2) l. 1 ff. eod.

3) l. 3 ff. eod.

4) l. 5. §. 1. 2. 6. l. 44 ff. de his, quib. ut indign. l. 34 ff. de excus. tut.

§. 16.

Wenn also die sogenannte Erbschleicher sich dieser Vergehen schuldig machten, und derselben überwiesen waren, so kam die Erbschaft keineswegs an die Intestaterben, sondern an den Fiskus. Der Grund davon liegt in dem römischen Rechtssystem. Da das Testament als rechtsgültig (jure factum) bestund, und der darin ernannte Erbe sich bloß der Erbschaft unwürdig gemacht hatte, wofür er auch dann galt, wenn

der Testirer seinen Nahmen durchstrichen hatte [1]); so war der Erblasser nicht intestatus gestorben; seine Verlassenschaft konnte also auch nicht an die gesezlichen Erben gelangen [2]). Der Fiskus trat an die Stelle des Testamentserben [3]), und mußte, wie dieser, die Legate entrichten [4]). Deswegen heißt es auch nur in den Gesezen: dem Erben wird die Aktion verweigert [5]), was offenbar bloß seine Person angeht. Das Testament ist und bleibt gültig, und der Verstorbene wird aus demselben, nur nicht von dem heres scriptus beerbt.

Die Behauptung des Gerichtsbrauchs von der Nichtigkeit des Testaments in solchen Fällen, ist daher wenigstens nach dem römischen Recht falsch. Das Gesez des Codex [6]), nach welchem der Neffe gegen den von seiner Muhme eingesezten Erben klagen darf, wenn er mit dem Beweis aufkommen kann: daß dieser entweder wegen eines Testamentsfehlers, oder aus irgend einem andern Grund die Erbschaft nicht erhalten könne, dient nicht zur Rechtfertigung jener Behauptung; denn die Worte: non posse obtinere: zielen offenbar auf ein Klagrecht, womit man nicht durchdringt.

1) l. 16. §. 2. ff. de his q. ut indign.

2) l. 89 ff. de R. J.

3) l. 9. §. 2. ff. de his qu. ut indign. . . . statim *fisco* defertur.

4) l. 16. §. 2. eod. l. 3. §. 5. ff. ad SC. Trebell. vorz. l. 3. de his q. in testam. del.

5) l. 1. l. 2. si quis aliq. test. prob. l. 9. §. 2. de his q. ut indign.

6) l. 11. C. de prob.

§. 17.

Bloß in Fällen, wo entweder das Testament unförmlich (injustum) war, oder der eingesezte Erbe die Erbschaft nicht antrat (destitutum), oder der Testirer nach veränderten Willen ohne Testament sterben wollte [1]), kam die Erbschaft an die Intestaterben, sonst aber nicht. Schon hieraus ergibt sich, warum in dem römischen Gesezbuch von Eidesdelation, selbst wenn sie sich bey hinreichenden Verdachtsgründen gegen den Testamentserben rechtfertigen ließe, kein Beyspiel vorkommt; weil nemlich die Intestaterben, bey solchen den Testamentserben wirklich zur Last fallenden unerlaubten Handlungen, durch den Fiskus von der Erbschaft ausgeschlossen waren, folglich kein Interesse zu klagen hatten. Wäre dies aber auch nicht der Fall, so würde nach römischem Recht der Eid dennoch nicht statt finden. Denn er wäre eine Art von Reinigungseid [2]), welcher, so fern der Erbe die Beschuldigung und den Verdacht einer unerlaubten Handlung dadurch von sich abwenden soll, aus dem römischen Recht nicht erweislich ist, und um so weniger zugelassen worden seyn würde, als der Erbe ein Testament für sich hat, das so lange für ihn beweist, bis dessen Gültigkeit durch einen vollständigen Gegenbeweis entkräftet ist [3]).

1) l. 1. §. 8. ff. si tabb. test. null. ext. Si heres institutus *non habeat voluntatem* . . *voluitque* testator *intestato decedere*, dicendum est, ab intestato non habituros, qui B. P. acceperunt.

2) ich sage eine Art, weil den Reinigungseid nicht die Parthey, sondern der Richter deferirt.

3) In der l. 11. C. de prob. heißt es: si scriptum heredem . . non posse obtinere hereditatem, *probari a te posse* confidis, de hac hereditate agere potes. l. 6. C. de dol. mal.

§. 18.

Diesem Eid stehen auch noch folgende Gründe aus der Analogie entgegen:

1) Der Prätor verwarf den Eid, wenn unter der Bedingung desselben eine Erbschaft oder ein Legat verlassen wurde; er sah diese Bedingung als unschiklich und daher als nicht beygefügt an [1]. Und das mit Recht, sagt Ulpian. „Denn da einige Menschen aus Verachtung der Religion leichtsinnig schwören, andere hingegen aus Furcht vor der Gottheit bis zum Aberglauben sich vor einem Eid scheuen; so ist der Prätor, damit weder diese verlieren, noch jene erlangen, was ihnen verlassen wurde, hier weislich ins Mittel getreten. Der, welcher unter der Bedingung des Eids etwas nach seinem Tod gethan wissen wollte, konnte ja unter der Bedingung: daß dies geschehe: einsezen oder nachlassen."

Man sieht hieraus, daß die Bedingung nicht

im bloßen Eid lag, sondern in der Beschwörung: das von dem Erblasser vorgeschriebene Faktum leisten zu wollen [2]). Die Bedingung des bloßen Eids war erlaubt, und mußte vom Erben, oder einem andern, dem sie gemacht war, erfüllt werden [3]). Dieselbe conditio jurisjurandi, welche bey Conventionen zuläßig war [4]), war bey Testamenten ungültig: daher läßt sich von der Eideszuschiebung über Handlungen unter Lebenden, auf eben dieselbe über Testamente, nicht sicher schließen. Gestatteten die Geseze dem Testirer nicht, dem Erben einen Eid über eine erlaubte Handlung aufzulegen; so konnte es nicht wohl in ihrem Geiste liegen, gegen den förmlich eingesezten Erben über angeblich begangene unerlaubte Handlungen rüksichtlich des Testirers die Eidesdelation zu gestatten.

1) l. 8 ff. de cond. instit. l. 20 ff. de cond. et demonstr. . . non dubitamus, quin *turpes* conditiones remittendae sunt, quo in numero plerumque sunt etiam jurisjurandi. Es heißt plerumque: denn wenn einem Sklaven unter der Bedingung des Eids vermacht wurde, so mußte er ihn schwören, da die Nachlassung der Bedingung der Freyheit, diese selbst hindert l. 12 ff. de manum. test.

2) l. 62 ff. de acq. v. omitt. hered. l. 97 ff. de cond. et demonstr. Man sehe auch Cujaz Obs. L. V. c. 1.

3) l. 29 ff. de jurejur.

4) l. 8. §. 6. de cond. instit.

§. 19.

2) Waren Verträge und Stipulationen, die gegen das gemeine und natürliche Recht liefen, selbst wenn sie beschworen wurden, weder erlaubt noch verbindlich [1]); wär das Versprechen einer Sache an jemand, damit er eine Uebelthat unterlasse, nichtig [2]); galt keine testamentarische Vorschrift wider die guten Sitten [3]); wird sogar zwischen erlaubten und unerlaubten Eiden gesezlich unterschieden, und nur der erlaubte Eid für zuläßig erklärt [4]); so konnte der Prätor einen dem Erben darüber zugeschobenen Eid: daß er sich keiner sträflichen Handlung gegen den lezten Willen des Testirers schuldig gemacht habe, durchaus nicht in Schuz nehmen, weil derselbe nach obiger Ausführung dem Recht überhaupt zuwider, folglich unerlaubt ist.

1) l. 7. §. 16. l. 27. §. 4. ff. de pact. . . in summa si pactum conventum a *re privata* remotum sit, non est servandum. Ist aber der zugeschobene Eid über ein noch ungewißes Vergeben des Erben nicht auch ein juramentum a *re privata* remotum?

2) l. 7. § 3. eod.

3) l. 112. §. 3. u. 4. ff. de Leg. 1.

4) l. 5. pr. ff. de jurej.

§. 20.

Wenn 3) die Testamente der Römer so geachtet waren: daß nicht einmal die Kinder eines Soldaten sein Testament mit der querela inofficiosi

anfechten durften [1]), wie ist es glaublich, daß entferntere Intestaterben, deren Successionsrecht erst eintrat, wenn sie durch kein rechtsgültiges Testament ausgeschlossen waren, dasselbe mit einer auf bloße Beschuldigung des Erben gegründeten Klage und damit verbundener Eideszuschiebung hätten anfechten können? Wie unwahrscheinlich ist es, daß, da in Prozessen über inofficiose Testamente keine Eidesdelation statt fand, sondern die lieblose und unverdiente Enterbung anfänglich von den enterbten Kindern [2]), in der Folge aber von den eingesezten Erben wirklich bewiesen werden mußte [3]), es den Intestaterben, die noch kein Recht hatten, erlaubt gewesen seyn sollte, den scriptus heres zu nöthigen, durch *einen* Eidschwur zu zeigen, daß er sein bereits aus dem Testament habendes Recht durch keine schlechte Handlung verwirkt habe?

1) l. 9. l. 24. C. de inoff. test.

2) l. 5. §. 1 ff. l. 28. C. eod.

3) l. 30. C. eod. n. 115. c. 3. pr. nisi forsan *probabuntur* ingrati u. §. 14. . . et scripti heredes . . unam causam ex his veram esse, *monstraverint.*

§. 21.

4) Bedenkt man endlich noch, wie sehr Justinian sich beeiferte, muthwilliger Streitsucht Einhalt zu thun, und unnöthige Eidschwüre zu verhindern, was nicht nur aus dem sowohl dem

Kläger als Beklagten gleich bey Anfang des Rechtsstreits vorgeschriebenem Eid erhellet [1]), dem in der Folge noch beygefügt wurde: daß kein Theil in dem ganzen Prozeß auf einen Beweis dringen solle, dessen Führung er nicht für wahrhaft nothwendig halte, damit in einer causa nicht öfters geschworen werde [2]); sondern was auch aus den besonderen darauf gesezten Geld- und andern Strafen [3]), und daraus hervorgeht: daß der Richter in gewißen Fällen, wo kein dolus oder lata culpa vorhanden war, ausdrüklich angewiesen ist: kein juramentum in litem zu erkennen, vielmehr die Wahrheit der Sache durch klare Beweisgründe zu erforschen [4]); so ist nicht anzunehmen, daß der römische Richter in dem fraglichen Fall gegen den eingesezten Erben eine actio in factum hätte zulassen, geschweige einem darüber zugeschobenen Eid statt geben sollen.

Daher halte ich diese Eidesdelation weder in dem römischen Recht gegründet, noch daraus erweislich.

1) l. 2. C. de jurej. propt. calumn.

2) Nov. 49. c. 3. Auth. de his q. ingr. C. de jurej. pr. calumn.

3) pr. et §. 1. J. de poena tem. litig. l. 4. C. de fruct. et lit. exp.

4) l. 2. C. de in lit. jur.

§. 22.

Dagegen werden die an dem Gerichtsbrauch klebende Doktoren einwenden und sagen: Die römischen Geseze über Confiskation sind in Deutschland nicht recipirt, ihre Annahme ist also in einzelnen Fällen zu beweisen. In dem fraglichen Fall aber kommt nach der gemeinen Praxis die Erbschaft dessen, der durch unerlaubte Einwirkung auf den lezten Willen des Verstorbenen derselben unwürdig ist, nicht an den Fiskus, sondern fällt an die Intestaterben.

Ich antworte: So gewiß auch die römische Confiskation des Vermögens gewißer Verbrecher (confiscatio damnatorum) von uns nicht angenommen ist; so schwer möchte der Beweis gegen die Reception der fiskalischen Einziehung des Vermögens von Unwürdigen zu führen seyn. Denn was Kaiser Hadrian hierüber verordnete, ist der Constitution von Kaiser Friedrich dem I., selbst mit den römischen Ausnahmen, einverleibt [1]), folglich bey uns recipirt. Und wollte man auch diese Constitution bloß auf die Lombardey beschränken, und behaupten: daß sich der Gerichtsbrauch einzelner Länder dagegen erklärt, und den gesezlichen Erben den Vorzug vor dem Fiskus aus der Ursache eingeräumt habe, weil die deutsche Nation überhaupt die Intestaterben vor den testamentarischen begünstigte [2]); so sollte man doch eine widerrechtliche Unförmlichkeit nicht beybehalten, die lei-

der diesem Gerichtsbrauch nach der bisherigen Darstellung anhängt.

1) 2 Feud. 56. *quae sint regalia.*

2) *Schilter* in praxi jur. Rom. in for. Germ. Exerc. 8. §. 38. Exerc. 28. §. 75.

§. 23.

Vielmehr sollte man denjenigen Praktikern folgen, welche hier keine Eidesdelation ohne Anführung bestimmter, den eingesezten Erben gravirender Thatumstände gestatten. Um aber noch mehr Bestimmung eintreten zu lassen, und eines Theils dem zu freyen Spielraum des Klägers und Richters eine Art Norm zu geben, andern Theils aber dem eingesezten Erben und sein aus dem Testament erworbenes Recht gegen frivole Klage und Eideszuschiebung sicher zu stellen, sollte der Kläger, der die bösliche That desselben nicht förmlich beweisen kann, sie wenigstens mit solchen Anzeigen bescheinigen, die bey einem Criminalprozeß zur Spezialinquisition berechtigen, und die bey geringeren Vergehen den Richter zu Erkennung des Reinigungseids autorisiren. Nur solche Anzeigen scheinen den Beklagten in dem Grade verdächtig zu machen, daß der Richter auf die darauf gegründete Klage achten, und auf Abschwörung des dem Testamentserben zugeschobenen Eids erkennen kann. Nur diese lassen ihn nicht mehr für ganz unschuldig halten [1]. So wie derselbe aber bey erlaubten Handlungen keine Ursache hat, sich über die Eides-

zuschiebung, die keine andere Angabe, als des Titels der Schuld bedarf, zu beschweren, weil entweder er, oder im Fall der Eidesrelation der Kläger, Richter in eigener Sache ist; eben so spricht auch bey der fraglichen unerlaubten und dolosen Handlung der Beklagte sich selbst das Urtheil. Er entfernt von sich den rechtlichen Verdacht, und ist, wenn er schwört, in foro externo unschuldig; oder er erklärt sich, wenn er nicht schwört, für rechtlich schuldig, wo ihm dann, als einem Unwürdigen, die Erbschaft durch richterliche Sentenz entzogen, und dem nächsten Intestaterben ausgefolgt wird.

Ohne dergleichen vorhandene Anzeigen darf der Richter den Kläger nicht hören, sondern muß ihn sogleich abweisen, weil der Erbe nicht nur die allgemeine Vermuthung der Rechtlichkeit, die selbst durch seine Einsezung verstärkt ist, sondern auch das Recht aus dem Testament für sich hat, ein Recht, das erst dann aufhört, wenn die ihm angeschuldigte Uebelthat von dem Kläger entweder rechtlich erwiesen ist [2]), oder durch den aus triftigen Verdachtsgründen ihm deferirten, aber verweigerten Eid, für erwiesen gehalten wird.

1) in foro interno ist er es vielleicht nicht, dafür aber gibt es keinen Richter.

2) l. 18. §. 1. ff. de prob. qui dolo dicit factum aliquid . . *docere* dolum admissum debet. l. 6. C. de dolo. dolum ex *indiciis perspicuis* probari convenit. Solche indicia dürfen bey dieser Art Eidesdelation nie fehlen.

XIV.

Ueber enorme Verlezung nach dem Gesez und der Praxis.

§. 1.

Die Kaiser Diocletian und Maximian, welche das zweyte Gesez im Titel des Codex de resc. vend. gaben, sind auch die Urheber der unmittelbar darauf folgenden 12 weiteren Verordnungen, von welchen in Beziehung auf jenes die achte bemerkenswerth ist. Die Gesezgeber sagen darin: „daß ein etwas zu wohlfeil, oder um einen geringeren Preiß verkauftes Grundstük kein gültiger Grund zur Aufhebung des Kaufs sey. Denn da schon nach der Natur dieses Kontrakts der eine wohlfeil kaufen, der andere theuer verkaufen will [1]), und beyde erst nach vielem Wortwechsel, und wenn der Verkäufer allmählich von seiner ersten Forderung nachläßt, der Käufer aber sein Angebot erhöht, um einen bestimmten Preis eins werden; so erlaube es weder die bona fides, die den Kaufvertrag schüzt, noch irgend ein vernünftiger Grund, den einmal durch Einstimmung vollendeten Kontrakt des Preises wegen, entweder gleich, oder erst nach einem Streit über dessen Größe, aufzuheben: es wäre denn weniger als die Hälfte des rechten (wahren l. 2. C.) Werths, wie er zur Zeit des Verkaufs war, für die Sache gegeben worden, in welchem Fall die dem Käufer

bereits (l. 2. C.) zugestandene Wahl gelassen werden soll."

1) Nur in Ansehung des Kaufpreises und seiner Bestimmung dürfen sich die Contrahenten überlisten. l. 22. §. 3. ff. loc. cond. l. 16. §. 4. dd minor. in *pretio* emtionis venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.

§. 2.

Diese Wahl besteht darin: den Verkäufer gegen Rükgabe des bezahlten Kaufschillings das gekaufte Grundstük unter richterlicher Autorität zurüknehmen zu lassen, oder das, was noch an dem rechten Preis (justo pretio) abgeht, demselben zu ersezen. Der rechte ist der wahre, (der gemeine); er besteht in dem Preis, um welchen das Grundstük zur Zeit des geschlossenen Kaufs verkäuflich war [1]. Der Gegenstand beyder Geseze — des zweyten und achten ist ein verkaufter Fundus. Nur ersteres spricht im Eingang von einer Sache von größerem Werth, die um einen zu niedrigen Preis, das heißt, um weniger als die Hälfte des wahren Werths verkauft worden, und verordnet auf diesen Fall als billig (humanum): „daß der Verkäufer das Grundstük zurüknehme, oder das Fehlende am rechten Kaufpreis erhalte." Nach strengem Recht mußte es bey dem Kontrakt bleiben, um so mehr, als man von dem Verkäufer annehmen konnte, er wisse den wahren Werth seiner Sache [2]. Uebrigens

ist in dem ganzen Titel de resc. vend. nur von liegenden Gründen die Rede, mit Ausnahme des lezten Gesezes, worin den Vorstehern des Kaiserlichen Pallasts (palatinis) bey Verlust des Kaufschillings verboten wird: Kleider aus Gold- und Silberstoff, oder Sklaven zu kaufen, wenn allenfalls der Comes rerum privatarum Principis dergleichen veräussern sollte.

1) l. 52. §. 29. ff. de furt. l. 43 ff. ad leg. Aquil. l. 1. §. 16. ff. ad SC. Trebell.

2) l. 2. C. de resc. vend. Rem *majoris* pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente, emtoribus fundum venundatum recipias auctoritate judicis intercedente, vel si emtor elegerit, quod deest justo pretio, recipias. *Minus* autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars *veri* pretii soluta sit.

3) l. 15. C. eod.

§. 3.

Doch war es schon lange vor diesen beyden Gesezen üblich, daß, wenn ein Freygelassener zum beabsichteten Nachtheil seines Patrons (in fraudem patroni) eine Sache verkaufte, vermiethete, oder vertauschte, es dem Käufer freygestellt war, ob er die Sache um den rechten Preis behalten, oder aber gegen Zurüknahme des Kaufgelds von dem Kauf abstehen wollte. „Denn wir dürfen, „sagt Ulpian, weder den Verkauf aufheben, wie „wenn der Freygelassene kein Recht dazu gehabt „hätte, noch den Käufer um sein pretium bringen,

„zumalen da es sich nicht von seinem, sondern von „dem Dolus des Freygelassenen handelt" [1]). Dagegen haben die Kaiser ohne Rüksicht auf Dolus [2]), und nicht für alle, sondern nur für unbewegliche Sachen dem Verkäufer erlaubt, richterliche Aufhebung oder Rescission des Kaufs zu verlangen, so oft er weniger, als die Hälfte des wahren Grundstüks, von dem Käufer als Zahlung erhielt.

1) l. 1. §. 12. ff. si quid in fraud. patr.

2) Der Dolus, sagt die lex 10. C. de resc. vend. wird nach Beschaffenheit der Handlung, nicht nach der Größe des Kaufpreises bemessen.

§. 4.

Warum aber — kann man sagen — ertheilt die l. 2. C. bloß dem Verkäufer die Rechtswohlthat, und warum beschränkt sie dieselbe nur auf Beschädigung bey Verkauf von Grundstüken? Beydes geschah meines Erachtens mit Vorbedacht. Jenes, weil Verkaufen mehr Sache der Nothwendigkeit und des Mangels [1]), das Kaufen hingegen mehr Sache der Willkühr und der Wohlhabenheit ist; weil der Käufer nicht selten die schlimme Lage des Verkäufers benüzt, um dessen Besizung, wozu sich nicht immer Liebhaber finden, um einen Spottpreis an sich zu bringen. Bey dem Käufer eines Grundstüks kommt der Fall der sogenannten enormen Läsion: daß er nemlich dafür mehr, als noch so viel über den wahren Werth zahlt: selten vor, und wenn er eintrit;

so geschieht es vielleicht, weil die Besizung für ihn oder für den Verkäufer aus ungewöhnlichen Ursachen einen besondern Werth hat, wo sich dann keiner über zu niedrigen oder zu hohen Preiß beschweren kann. Die Beschränkung des Gesezes auf verkaufte Grundstüke mag daher rühren, weil bey diesen, als Sachen von höherem Werth, die Concurrenz der Käufer meistens kleiner, der Verkäufer also der Willkühr und Habsucht des Käufers mehr ausgesezt ist. Dies hat er bey dem Verkauf beweglicher Sachen, wozu sich immer mehr Liebhaber finden, weil sie weniger kosten, nicht leicht zu befürchten. Die größere Concurrenz der Käufer macht hier gewöhnlich einen rechten und billigen Preiß; sie bestimmt gleichsam den gemeinen Werth der Sache, und das Gegentheil wird nur selten vorkommen. Wenn es aber auch wäre, so hielten die Römer den Schaden nicht für bedeutend genug, um deshalb einen gültigen Kauf zu rescindiren; zumalen der Verkäufer nicht hoffen darf, von jemand anderem mehr zu erhalten. Uebrigens kommt, nach der richtigen Meinung, dem Verkäufer diese Rechtswohlthat nicht zu statten, wenn ihm der Werth seiner verkauften Sache genau bekannt war [2]).

1) l. 12. l. 16. C. de resc. vend.

2) *Vinnius* sel. quaest. P. 1. c. 56. l. 1. C. si maj. fact. alien. fact. etc., worin der Kaiser Gordian nur denjenigen begünstigt, qui inconsulto errore lapsus est.

§. 5.

Nichtsdestoweniger haben die Praktiker und der Gerichtsbrauch dies Gesez nicht nur auf den Käufer ausgedehnt, sondern die Rescission des Kaufs auch bey beweglichen Sachen zugelassen. Die Ursachen davon waren theils Mangel an Kritik, theils der allgemeine Saz von der Gleichheit der Rechte der Contrahenten, der aber nur bey gleichen Verhältnissen derselben wahr ist [1]; vielleicht auch ältere Pandektengeseze [2], die mit der l. 2. C. in unpassende Verbindung gesezt wurden. In dem einen heißt es: „wenn ein „Freygelassener, um seinem Patron wehe zu „thun, zu hoch gekauft hat (magno emit); so muß „lezterer gleichfalls im Kaufpreis erleichtert wer„den; doch steht es dem Käufer nicht frey, von „dem Kauf abzugehen, wohl aber dem Verkäufer, „ob er lieber von dem Kaufschilling nachlassen, oder „die verkaufte Sache gegen dessen Erstattung zu„rüknehmen will. Eben so soll es bey Tausch und „Miethe gehalten werden."

Das andere handelt von einem Minderjährigen, der ein Grundstük zu theuer gekauft hat, dem der Verkäufer gegen dessen Rükempfang den Kaufschilling herauszahlen muß. Die l. 2. C. aber ist bloß für Volljährige gegeben, und auf diese allein zu beschränken [3]. Jenes erste Gesez spricht von gekauften Sachen überhaupt; und deswegen wurde vielleicht das Rechtsmittel der l. 2. auch auf den Ver-

kauf aller Sachen ausgedehnt, ungeachtet man es anfänglich nur auf bewegliche Sachen von vorzüglichem Werth, oder auf solche, die man nicht einzeln, sondern überhaupt (per aversionem), verkaufte, erstreckt hat [4]. Vermuthlich aus eben der Ursache gab die Praxis es auch dem Verleiher und dem Miethmann [5], da doch bey dem Tausch die Contrahenten dieses Rechtsmittel nur haben, weil sie beyde als Verkäufer anzusehen sind.

1) Auch der sonst kritische und vorsichtige Lauterbach nimmt es in seinem Collegio theor. pract. Pand. ad hunc tit. §. 23. an, und glaubt, daß dieses remedium juris dem Verkäufer nicht aus besonderer Ursache ertheilt worden sey.

2) l. 1. §. 13. ff. si quid in fraud. patr. l. 27. §. 1. ff. de minor.

3) *Cujacius* Obs. L. 16. c. 18.

4) Diese Ausdehnung mögen die Anfangsworte der l. 2. C. und der l. 18. C. h. t. veranlaßt haben.

5) *Cujacius* an der angeführten Stelle.

§. 6.

Vor der gesezlichen Verordnung der beyden Kaiser (§. 1.) konnte kein vollendeter Kauf, so bald nemlich nicht mehr res integra war, das heißt, wenn der Verkäufer die Sache übergeben, oder der Käufer den Kaufschilling schon bezahlt hatte, wieder aufgehoben werden. Jeder Theil mußte die Beschädigung aus einem solchen Kauf

gelassen ertragen, und es gab außer der actio doli bey erweislichem Betrug [1]) kein Rechtsmittel, sie abzuwenden. Nachdem aber jene Gesezgeber es für billig hielten, dem Verkäufer die ausführlich erwähnte Rechtswohlthat [2]) zu ertheilen, welche dann die Praktiker aus einem vermeintlichen gleichen Billigkeitsgrund auch dem über mehr, als die Hälfte beschädigten Käufer, gaben; so entstund die neue Frage: was nach dem Sinn des Gesezes eine laesio ultra dimidium sey? Auch hier ist die Praxis einer unrichtigen und auf falscher Voraussezung beruhenden Meinung gefolgt [3]); so leicht es ihr auch gewesen wäre, dem Irrthum zu entgehen, wenn sie die zwey in den Dekretalen [4]) vorkommende Beyspiele, welche bloß von Läsion des Verkäufers sprechen, wohl in's Aug gefaßt hätte.

1) l. 5. C. h. t.

2) Sie ist ein beneficium causae (der Beschädigung) nicht personae. arg. l. 2. C. h. t.

3) Lauterbach zu diesem Titel §. 10. hat die entgegengesezte und richtige Meinung. S. *Pinellus* ad l. 1. C. h. t. P. 3. c. 2. n. 5. u. 6.

4) c. 3. u. 6. X. de empt. et vend.

§. 7.

Zwar nimmt sie ganz richtig an: daß der Verkäufer enorm beschädiget, und zu dem Rechtsmittel der l. 2. C. de resc. vend. berechtiget sey, wenn er

noch so viel und darüber gibt, als der ihm bezahlte Kaufschilling beträgt; wenn er z. B. für seine verkaufte Sache von 100 Gulden an Werth, nur 49 fl. Kaufgeld erhält. Hingegen sieht sie mit Unrecht für eine enorme Läsion an, wenn der Käufer für eine Sache von demselben Werth 151 fl. bezahlt, und gestattet ihm in diesem Fall dasselbe Rechtsmittel. Vermuthlich rührte dieser Irrthum daher, weil man fand, daß hier Käufer und Verkäufer um 51 fl., also beyde gleich lädirt oder beschädiget seyen, wodurch man sich verleiten ließ, in einzelnen Fällen den Begriff der enormen Läsion auf Seiten des Käufers, nach der Gleichheit der Läsion bey dem Verkäufer zu bestimmen. Man konnte aber nicht willkührlich verfahren, nachdem das Gesez den Begriff der enormen Läsion genau festgesezt, und auf den Verkäufer beschränkt hatte. Wollte man ihn auch auf den Käufer anwenden; so mußte man ihn nicht von der Gleichheit der Läsion, wovon das Gesez nichts enthält, abstrahiren, sondern nach dessen klaren Bestimmung über das *minus* pretium bilden. Man mußte sagen: So wie das Gesez den Verkäufer für übermäßig (enormiter) beschädigt erklärt, wenn der erhaltene Kaufpreis weniger als die Hälfte des wahren Werths seiner Sache ausmacht, oder mit andern Worten, wenn leztere noch so viel und darüber werth ist, als der Käufer dafür zahlte; so kann auch der Käufer nicht eher über enorme Läsion

klagen, als wenn er über das alterum tantum mehr bezahlt hat, als die ihm verkaufte Sache werth ist. In dem gegebenen Beyspiel des Verkaufs einer Sache von 100 Gulden an Werth ist er keineswegs durch Bezahlung von 151 fl., sondern erst durch Bezahlung von 201 Gulden übermäßig beschädigt. Die Richtigkeit dieses Sazes erhellet theils daraus: daß 100 Gulden Sache oder Waare sich zu 49 Gulden Kaufgeld verhalten, wie 201 Gulden Kaufgeld zu 100 Gulden Waare; theils aus dem Rechtsprinzip: was einem der Contrahenten recht, ist dem andern billig. Nach demselben ist der Verkäufer einer Sache von 201 Gulden an Werth, wofür er nur 100 fl. erhält, im Fall der enormen Läsion. Daher kann, nach gleichem Verhältniß, der Käufer im umgekehrten Fall, wenn er für 100 fl. Waare nicht 201 fl. bezahlt hat, auch nicht enormiter lädirt seyn. Hier hat also der Gerichtsbrauch, der aus einer vermeintlichen Gleichheit der Rechte des Verkäufers und Käufers die l. 2. C. auf lezteren erstrekte, dieselbe Gleichheit in Berechnung der enormen Läsion gewaltig verlezt, und den Käufer im Gebrauch dieses Rechtsmittels vor dem Verkäufer ohne einen vernünftigen Rechtsgrund begünstigt. Das Würtembergische Recht, welches statt der gemeinrechtlichen Läsion über die Hälfte, nur die Beschädigung über ein Drittheil des wahren Werths der Sache zur Aufhebung des Kaufs

festsezt, nimmt übrigens dieselbe unrichtige Berechnung auch an [1]).

1) Th. II. T. 14.

§. 8.

Die sogenannte laesio enormissima, oder die Beschädigung über zwey Drittheile des wahren Werths der Sache, ist eine ungereimte Erfindung der Doktoren. Denn, da das Gesez die Läsion negativ, und so bestimmt hat, daß der Verkäufer nicht einmal die Hälfte des Werths seiner Sache bezahlt erhält; so ist es der Wirkung nach einerley, ob der Kaufschilling viel oder nicht viel unter der Hälfte beträgt. In dem einen wie in dem andern Fall wird die Absicht des Gesezgebers durch das ertheilte Rechtsmittel erreicht, und dadurch der bey der laesio enormissima von einigen präsumirte Dolus — eine Vermuthung, die dem Gesez widerspricht [1]) — ganz überflüßig.

1) l. 10. C. h. t. Dolus emtoris *qualitate Facti*, non quantitate pretii aestimatur.

§. 9.

Endlich frägt sich, was für ein Rechtmittel das remedium der l. 2. C. sey? Da dasselbe darin nicht benannt ist; so haben manche geglaubt, es finde in diesem Fall die actio venditi utilis statt. Diese kann aber ihrer Natur nach, nur zu Erfüllung der Verbindlichkeit aus dem geschlossenen Kauf, nicht aber zu Aufhebung desselben gegen den Käufer angestellt werden. Ich möchte es auch

für keine condictio ex lege ansehen. Dafür läßt sich zwar sagen: das Gesez lege dem Käufer die Verbindlichkeit auf, eine zu wohlfeil erkaufte Sache zurükzugeben, oder den wahren Werth derselben zu zahlen, und daraus entstehe die condictio ex lege [1]). Allein die Gesezgeber wollten eigentlich keine neue Verbindlichkeit schaffen, sondern dem übermäßig beschädigten Verkäufer ein Recht zu Aufhebung des Kaufs geben, wenn der Käufer ihn nicht durch volle Zahlung des Werths der Sache befriedigen würde. Das diesfalls verordnete Rechtsmittel ist mehr eine Anrufung des Richters wegen erlittener enormer Läsion, als eine förmliche Klage gegen den Käufer. Daher kann ich es nach dem fraglichen und andern Gesezen dieses Titels für keine condictio oder Personalklage halten, sondern sehe es für ein außerordentliches Rechtsmittel und für eine Restitution an. So wie in früheren Zeiten von dem angerufenen Prätor ein strengrechtlich gültiges Geschäft ex aequitate rescindirt, und der Petent in den vorigen Stand eingesezt wurde; so verordneten hier die Kaiser gleichfalls aus Billigkeit die Rescission des Kaufs [2]), und ließen dem Verkäufer gegen Rükgabe des Kaufschillings durch den Richter die Sache restituiren. Oder mit andern Worten: Nach dieser Verordnung hat der Verkäufer dem Richter die erlittene enorme Läsion zu beweisen, und dann gestattet ihm dieser, die verkaufte Sache nach zurük-

gegebenem Kaufpreis wieder an sich zu nehmen, oder zu vindiciren.

Diese Ansicht scheint auch die l. 10. C. des Titels zu bestätigen, worin der Restitution ausdrüklich erwähnt, und gesagt wird: daß, im Fall eines von dem Käufer erweislich begangenen Dolus, der Verkäufer gegen den Dritten, an den sie jener veräußerte, keine rei vindicatio anstellen könne, sondern gegen den Käufer ein Recht auf restitutio in integrum habe.

1) l. un. ff. de condict. ex leg.

2) §. 15. J. de act.

3) *Hofacker* in princip. jur. civ. T. II. §. 806. p. 74.

§. 10.

Dieses zehente Gesez verdient Aufmerksamkeit. Denn erstlich zeigt es: daß bey erwiesenem Dolus des Käufers gar nicht die Größe oder der Grad der Beschädigung durch den Contrakt, sondern bloß die dolose Handlung und ihre Beschaffenheit berüksichtiget wird, weswegen der Verkäufer gegen den Käufer ex capite doli wegen jeder Läsion ein Recht auf Restitution hat. Zweytens folgt aus dem Gegensaz: daß, wenn die gekaufte Sache wieder verkauft worden ist, und der erste Käufer gegen den Verkäufer nicht dolos gehandelt hat, dieser im Fall der enormen Läsion seine Sache gegen Erstattung des Kaufgeldes auch von dem zweyten Käufer vindiciren könne [1]), welchem dann, wenn er durch Ergänzung des wahren Kaufpreises die

Vindikation nicht abwenden will, der Regreß [2]) gegen den ersten Käufer als seinem Autor zusteht. Hieraus ist ziemlich klar: daß das remedium ex l. 2. C. nicht nur eine Art von Restitution, sondern — was die prätorische in integrum restitutio auch war — eine dingliche [3]) wegen der Sache, in Ansehung deren die Beschädigung erfolgt, ertheilte Rechtswohlthat ist. Als solche steht sie also sowohl dem Verkäufer als seinem Erben [4]), gegen den Käufer und gegen jeden Besizer der Sache, zu.

1) Quem (dolum) si fuerit intercessisse probatum: non adversus eum, in quem emtor dominium transtulit, *rei vindicatio* venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit.

2) l. 16 ff. de minor.

3) *Tullieu* Collectan. p. 378 seq. *Hofacker* T. II. §. 813. und dahin deutet auch in unserm Gesez der Ausdruk *recipias*.

4) arg. l. 10. C. de resc. vend. Dann sagt die l. 2. . . ut vel pretium te restituente *emptoribus*, fundum venundatum recipias, vel si *emtor* elegerit. Sollte hier einmal der Käufer in der Mehrzahl und gleich darauf des Käufers ohne Grund erwähnt werden? wollte nicht das Gesez vielleicht sagen, daß der Verkäufer von allen Käufern, ohne Unterschied, ob sie von ihm oder seinem Käufer gekauft haben, die Sache zurüknehmen, und nur, wenn der Käufer, d. h. der wirkliche Kaufbesizer lieber den Kaufpreis ergänzt, diesen von ihm erhalten könne?

§. 11.

Zwar behauptet ein neuerer Schriftsteller [1]): daß dieses remedium nicht gegen den dritten Besizer der verkauften Sache gehe. Er will seine Behauptung schon durch den Begriff des Kaufkontrakts, durch welchen niemand als die Kontrahenten gebunden sind, rechtfertigen, und glaubt: daß, da dies Rechtsmittel unzweifelhaft zu den persönlichen Klagen gehöre, derjenige, welcher die entgegengesezte Meinung annehme, auch annehmen müsse, daß persönliche Klagen gegen den dritten Besizer angestellt werden können. Ich habe aus mehreren Gründen gezeigt, daß es keine persönliche Klage sey. Es ist nach meiner Ansicht eine Restitution, ein dingliches Rechtsmittel. Und wenn der angeführte Autor am Schluß der Meditation sagt: „Da wir keine einzige Spur in „den Gesezen finden, worin diese Klage gegen einen dritten Besizer gegeben wird, so können wir „auch nicht ohne Beystand der Geseze solchen Unterschied machen;" so sind die in mehreren Gesezen dieses Titels des Codex enthaltene und von mir beygebrachte unverwerfliche Spuren dieser Behauptung gerade zuwider. Nur könnte aus der l. 13. §. 1 ff. de minor. noch eingewandt werden: daß dort der Minderjährige gegen den zweyten Käufer erst dann restituirt werde, wenn der erste Käufer nicht zahlen kann. Daher könne ein enorm lädirter Verkäufer seine Sache von dem

dritten Besizer auch nur dann vindiciren, wenn der Käufer nicht solvendo sey. Ich antworte auf diesen scheinbaren Einwurf: Nach dem Gesez wird der Minderjährige in der Regel, gegen den, mit welchem er kontrahirte, und nur Ausnahmsweise, um nicht seine Sache zu verlieren, gegen den Besizer derselben restituirt. Ist also der Kontrahent zahlbar, so findet gegen lezteren die Restitution deshalb nicht statt, weil durch Zahlung des ersteren, die Läsion des Minderjährigen wegfällt.

Aber nach der l. 2. C. de resc. vend. hat der Verkäufer wegen erlittener übermäßiger Beschädigung nicht, wie der minor, bloß ein Recht auf Abwendung des Schadens, sondern ein bestimmtes Recht auf Restitution der verkauften Sache, welche der Käufer als Besizer derselben nur durch Ergänzung des Kaufpreises von sich abwenden darf. Hat er die Sache veräußert; so findet gegen ihn, wenn er sie nicht mehr besizt, und kein Dolus ihm zur Last fällt, weder die Wiedereinsezung in den vorigen Stand, noch irgend ein anderes Rechtsmittel statt. Der Verkäufer kann also zum Gebrauch seines dinglichen Rechts nicht anders gelangen, als nach erhaltener Restitution durch Vindikation von dem neuen Besizer der Sache.

1) Overbeks Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. II B. 92ste Medit.

XV.

Transaktion und enorme Läsion sind unvereinbare Begriffe.

§. 1.

Man vergleicht sich um einen schon anhängigen, oder besorgenden Rechtsstreit, dessen Ausgang ungewiß und dessen Entscheidung zweifelhaft ist, beyzulegen [1]). Ein Theil läßt von seiner Forderung nach, oder entsagt dem Proceß, dafür verspricht oder gibt der andere das Uebrige [2]), und so wird die rechtlich ungewiße Forderung und Leistung durch gütliche Uebereinkunft (Vergleich) zur Gewißheit erhoben, und unwiderruflich entschieden [3]). Gesezt auch einer der Transigenten wollte nach förmlichem Abschluß denselben deshalb anfechten, weil kein eigentlicher Grund (causa) dazu vorhanden gewesen, so würde er damit nicht gehört werden, da nach der Gesezessprache, sich von einem Proceß losmachen, schon Grundes genug ist [4]).

1) l. 1 ff. de transact.

2) l. 38. C. eod. transactio nullo dato, vel retento, seu promisso minime procedit.

3) l. 10. C. eod. nullus enim erit litium finis, si a transactionibus bona fide interpositis coeperit discedi. Selbst kein kaiserliches Rescript konnte hiezu berechtigen l. 16. C. eod., doch versteht sich dies nur von gültigen zwischen Volljährigen geschlossenen Vergleichen. l. 25. l. 36. C. eod. Die einzige

Ausnahme war, wenn der Vergleich auf producirten falschen Urkunden beruhte. l. 42. C. h. t. Neuvorgefundene reichten nicht zu. l. 19. C. eod.

4) l. 65. §. 1. ff. de condict. indeb. Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla *media* fuerit, non repetitur, nam si lis fuit, hoc ipsum quod a lite disceditur, causa videtur esse. S. auch l. 23. C. de transact.

§. 5.

Vor dem Vergleich hat dessen Gegenstand einen bezweifelten und unsicheren Werth. Seine Bestimmung durch richterliche Entscheidung halten beyde Theile, oder wenigstens der in Anspruch genommene Schuldner, für bedenklich; sie suchen sich über das strittige Objekt und dessen Betrag selbst zu vereinigen, und der Vergleich drükt der schuldigen Leistung den Charakter der Gewißheit und Unveränderlichkeit auf. Haben sie sich darüber oder über die litis aestimatio einmal verglichen, wie läßt sich's dann denken, daß ihre gemeinschaftliche Schäzung als der wahre und rechte Werth der schuldigen Sache, unter dem Vorwand einer enormen Beschädigung wieder anzufechten sey?

§. 3.

Entweder müßte diese Beschädigung in dem durch den Vergleich festgesezten Betrag der Schuld, oder in dem Verhältniß derselben zur früheren Forderung, liegen. Im ersten Fall wäre der

Schaden Folge der eigenen wohl überdachten Handlung [1]), sich also selbst beyzumessen, und als nicht erlitten anzusehen [2]); im zweyten wäre keine Beschädigung denkbar, weil die frühere Forderung unbestimmt, bestritten, und der Ausgang des Rechtsstreits ungewiß war, (erat incertae aestimationis). Diese Forderung ließ keine andere bestimmte Schäzung zu, als die, welche ihr beyde Theile durch ihre Uebereinkunft gaben. Nach derselben kann von einer Beschädigung keine Frage seyn, da kein Maasstab der Berechnung des Schadens vorhanden ist. — Die Gegner werden einwenden und sagen — Ein gültiger Kauf kann in der Regel so wenig aufgehoben werden, als ein gültiger Vergleich, und doch läßt das Gesez die Ausnahme zu, sobald es sich zeigt, daß der Verkäufer seine Sache um mehr als das alterum tantum zu wohlfeil verkauft hat. Warum soll nicht dieselbe Ausnahme statt finden, wenn ein Transigent mehr als noch soviel in dem Vergleich nachläßt?

1) l. 155. ff. de R. J.

2) l. 103 ff. eod.

§. 4.

Die Antwort liegt theils schon in dem Gesagten, theils darin, daß die Rechtswohlthat der l. 2. C. de resc. vend. nur dadurch möglich ist, daß die verkaufte Sache einen gemeinen Werth

und gewöhnlichen Kaufpreis hat, der für den wahren gilt. Dieser diente dem Gesezgeber zum Maasstab desjenigen Erlöses, den er durch dessen zu niedriges Verhältniß zu jenem als übermäßige Verlezung aussprach. Gerade aus dieser Ursache kann aber das Gesez in allen den Fällen nicht anwendbar seyn, wo es an einem solchen Maasstabe fehlt, nemlich bey allen Sachen, die keine bestimmte Schäzung, und keinen gewöhnlichen Preis, sondern nur den Werth haben, den ihnen der Verkäufer nach dem besondern Verhältniß derselben zu ihm beygelegt hat. Gleich unmöglich ist die Anwendung dieses Gesezes auf Vergleiche, wo die Transigenten den vorher unbestimmten Werth der streitigen Sache gleichfalls nach den eigentlichen Verhältnissen derselben zu ihnen erst unter sich bestimmt und festgesezt haben. Außerdem zeigt schon das Wort transactio eine Handlung an, die über die Rechtsverfolgung oder den Proceß hinaus ist, deren Inhalt also jede gerichtliche Anfechtung ausschließt, nachdem die Partheien auf die richterliche Entscheidung der Sache durch ihre gütliche Uebereinkunft ein für allemal entsagt haben. Demnach ist es ein reiner Widerspruch, einen bereits verglichenen und abgemachten Rechtsfall, hinterher aus dem Grund einer durch den Vergleich erlittenen übermäßigen Beschädigung aufheben zu wollen.

Beyde Theile können zwar von ihrem Ver-

gleich sowohl vor [1]), als nach erfolgter Leistung von einem Theil [2]) gemeinschaftlich, aber niemals einseitig [3]), selbst wenn noch nichts geleistet worden, abgehen.

1) l. 58 ff. de pact. l. 35 ff. de R. J.

2) l. 14. C. de transact.

3) l. 39. C. eod.

§. 5.

Daß die bloßen Praktiker [1]) auf diese, aus Rechtsbegriffen nothwendig fließende Gründe gegen die Möglichkeit einer enormen Läsion bey Vergleichen, weniger als auf ein Hirngespinst von Billigkeit, achteten, kann wegen der in Teutschland so lange brach gelegenen Rechtsphilosophie nicht befremden: Daß sie aber die l. 2. C. de resc. gegen ein römisches ausdrükliches Gesez auf Transaktionen angewandt haben, und daß noch so manche Juristen unsrer Zeit lieber falschen Autoritäten, als einer richtigen Rechtstheorie folgen, dies ist kaum begreiflich. Scävola, einer der erfahrensten Rechtsgelehrten und Lehrer des Papinian, trägt folgenden Fall vor [2]):

„Der Erbe dessen, der ihn ersucht hatte, nach seinem Tode die ganze Erbschaft als Fideikommiß andern herauszugeben, sezte diese in den Besiz eines sehr geringen Betrags, worin, wie er sagte, das ganze Vermögen bestünde. Nachher zeigte sich aber aus vorgefundenen Urkunden,

daß die Erbschaft viermal größer als jener Betrag war. Nun entstand die Rechtsfrage: ob der Erbe auf den übrigen Theil des Fideikommisses belangt werden könne? Scävola entschied (respondit): nach den vorgetragenen Umständen könne man ihn ohne Anstand belangen, außer man hätte sich über obige geringe Summe mit ihm verglichen."

So erkläre ich die lezten Worte mit Vinnius [3]). Denn daß sie von einem späteren, erst nach Vorfindung der Urkunden geschlossenen Vergleich zu verstehen seyen, läßt sich wegen des Worts Vergleich nicht annehmen, indem sonst die fideikommissarischen Erben dadurch ihr liquides Recht gegen den fiduciarischen unentgeltlich aufgegeben hätten. Auch wurde Scävola nicht darüber befragt, ob der Vergleich wegen der neuen Urkunden, aus denen sich die Größe der Erbschaft ergab, aufzuheben sey, sondern ob der Erbe wegen Herausgabe des übrigen Fideikommisses aktionirt werden könne?

Dies Gesez beweist um so mehr gegen die Resciſſion eines redlich [4]) eingegangenen Vergleichs aus angeblicher Verlezung oder Beschädigung, da Scävola im Fall eines solchen Vergleichs nicht einmal die gerichtliche Belangung des Erben auf den Rest des Fideikommisses zuläßt.

1) Lauterbach zu diesem Titel §. 23. *Mevius* Dec. P. II. D. 148. und *Pufendorff* P. I. Obs. 133. gehören nicht darunter.

2) l. 78. §. 16. ff. ad SC. Trebell.

3) in tractatu de Transact. c. 8. §. 11. und in select. quaest. L. I. c. 57.

4) Denn wegen erwiesenem Dolus l. 22. C. de transact. konnte jeder Vergleich mit der actio doli rescindirt werden l. 19. eod., außer man hätte sich über den Dolus besonders verglichen l. 14. de transact.

§. 6.

Zwar suchen die Gegner für ihre Meinung eine Stüze in der l. 5. C. de dol. mal.; allein diese ist schwach, denn sie erklären das Gesez falsch. Der Fall ist der: Eine von ihrem Vater emancipirte Tochter beerbte ihre Mutter, und jener verwaltete als gesezlicher Vormund ihr Vermögen; nachher sezte sie sich deshalb mit ihm durch Vergleich in's Reine. Nun heißt es: „wenn sie aber „— nachdem ihr Vater einmal durch gesezliche „Novation und Acceptilation von rechtlicher Ansprache frey sey [1]) — sich über alle maaßen „(immodice) beschädiget finde; so seye ihr aus der „ihrem Vater schuldigen Achtung zwar keine actio „de dolo, aber eine actio in factum zu geben."

Wer wollte jedoch hieraus die Aufhebung des ihrer Seits redlichen Vergleichs wegen enormer Läsion schließen? Ganz offenbar beruhte die Beschädigung auf einem Dolus des Vaters. Hieraus

konnte die Tochter gegen einen andern die actio doli, wegen Betrugs, ohne Rücksicht auf Läsion, anstellen. Gegen den Vater aber tritt die subsidiarische Klage derselben, die actio in factum ein. Doch auch diese, wie die actio doli, findet bey einer unbedeutenden Läsion nicht statt.

1) Nach erreichtem gesezmäßigen Alter des Curanden wurde der Pfleger von seiner Verbindlichkeit aus der Pflegschaft nicht eher frey, als wenn die actio curae, durch förmliche Novation und Acceptilation vermittelst der Aquilanischen Stipulation, aufgehoben war, l. 4. C. de transact.

2) l. 9. §. 5. ff. de dol. mal.

XVI.

Sind Gewalt, Zwang und Furcht, nach der Theorie, dem Dolus und Irrthum bey Rechtsgeschäften gleich zu achten?

§. 1.

Das Vernunftrecht bedingt die menschlichen Handlungen, woraus Verbindlichkeiten und Rechte entspringen sollen, durch den Willen des Handelnden, und erklärt diejenigen für unverbindlich, welche ihr Urheber entweder gar nicht, oder doch nicht aus eigener und freyer Entschließung gewollt hat. Beyderley Arten von Handlungen können der Wirkung nach nicht als rechtlich bestehen, ungeachtet ihre Caussalität verschieden ist.

Bey Handlungen aus Gewalt, Zwang und Furcht liegt der Grund ihrer Unverbindlichkeit in einem äußeren widerrechtlichen Faktum, das die freye Willensbestimmung hindert, durch seine überwiegende Einwirkung ruhige Ueberlegung ausschließt, und unwillkührlich zum Wollen und Handeln bestimmt. Dieses Faktum hebt gleichsam den ersten ihm entgegenstehenden freyen Willen des Handelnden auf, und erzeugt einen zweyten nicht freyen, aber doch wirklichen in Thätigkeit übergegangenen Willen. Hier wird aus Besorgniß und zu Vermeidung eines größern Uebels gewollt und gehandelt.

§. 2.

Nicht so ist es bey Handlungen aus Dolus und Irrthum. Diese will der Handelnde gar nicht; sie gehen aus keinem wirklichen Willen hervor. Der Dolus gibt nemlich, um eine fremde Handlung zu bewirken, seinen arglistigen und falschen Angaben einen solchen Anstrich von Wahrheit, daß dadurch die Einsicht des andern getäuscht wird, und sich zum Wollen und Handeln bestimmt. Dieser wollte und handelte nur, weil er die Angaben für wahr hielt, und bey vorliegenden Umständen für wahr halten mußte. Er wollte und handelte also nicht, so fern sie nicht wahr sind. So bald sich dies zeigt, kann er aus einer Handlung, die er nicht gewollt hat, auch nicht verbindlich seyn. Ich will z. B. nicht kaufen, aber ein anderer weiß durch List, falsch vorgespiegelte Vortheile, und durch die ganze Kraft seiner Ueberredung meinen Verstand so zu bestriken, daß ich unter diesen als wahr vorausgesezten Umständen unklug gehandelt hätte, nicht zu kaufen; ich entschließe mich daher gutmüthig zum Kauf der angetragenen Sache. Diesen Contrakt bin ich nach entdecktem Betrug deswegen zu halten nicht schuldig, weil ich keine Sache kaufen wollte, noch wirklich eine gekauft habe, die die angegebenen Eigenschaften nicht hat. Die Handlung hat wegen nicht vorhandenen Willens keine Caussalität, und ist unverbindlich und nichtig. Eben so wenig hat eine Verbindlichkeit statt,

wenn ein Irrthum in der Person, mit welcher, oder in der Sache, wegen welcher man handelte, die Ursache der Handlung ist, denn es fehlt hier an dem wahren Gegenstand der Willensbestimmung, indem man den falschen, wofür man sich bestimmt hat, nicht wollte.

§. 3.

Diese Verschiedenheit der Ursachen von ungültigen Handlungen, die theils auf einem wirklichen, aber erzwungenen, theils auf keinem Willen beruhen, und deren Unverbindlichkeit unter Privatpersonen daraus erhellet, daß ein widerrechtliches Faktum kein gültiger Grund einer rechtlichen Erwerbung seyn kann, scheint in dem Völkerrecht und unter Nationen besonders wichtig zu seyn. Der schon so oft gemachte Einwurf gegen die Verbindlichkeit der Friedensschlüsse als erzwungener Verträge, ist leicht zu beantworten, wenn man davon ausgeht, daß ein, obschon durch äußerliche Macht und Gewalt abgenöthigter Wille, doch ein eigener und wirklich erklärter Wille ist. Denn, da es einmal unter freyen Völkern, die sich durch Nichtanerkennung ihrer wirklichen oder vermeintlichen Rechte gekränkt fühlen, zulezt kein anderes Mittel gibt, sie geltend zu machen, als Krieg; so wird eine Nation durch die Uebermacht der andern genöthigt, aus diesem außerordentlichen Zustand der Gewalt in den ordentlichen der Ruhe und des

Friedens zurükzukehren, und zu Erreichung dieser Absicht, die ihrem Interesse angemessener, als die Fortsezung des Kriegs ist, ihren freyen Willen, dem durch das Kriegsglük ihres Feindes ihr abgedrungenen aufzuopfern, und durch einen förmlichen Vertrag zu erklären, daß sie unter den ihr vorgeschriebenen Bedingungen den Frieden wolle. Dieser hat dann auch ohne allen Zweifel vollkommen verbindende Kraft. Der Unterschied der Verbindlichkeit des erzwungenen Völkervertrags, und der Unverbindlichkeit einer durch Zwang oder Furcht abgedrungenen Privatkonvention, ist nur darin zu suchen: daß Gewalt nicht zwischen Privaten, wie zwischen Völkern, ein erlaubtes Mittel zu Erwerbung von Rechten seyn kann, da jene unter dem richtenden Gesez stehen, diese aber über sich keinen Richter, als Gott und ihre Waffen erkennen.

§. 4.

Den scharfsichtigen Römern ist die Verschiedenheit der durch widerrechtliche Gewalt oder Furcht, und durch Dolus oder Irrthum bewirkten Rechtsgeschäfte nicht entgangen. Die der ersten Art waren bey ihnen an sich nicht nichtig, sondern wurden, als der natürlichen Billigkeit und den guten Sitten zuwider [1]), durch den Prätor aufgehoben oder rescindirt. Er sagte in seinem Edikt: „quod metus causa gestum erit, *ratum* non habebo [2]). Eben

dies zeigen auch mehrere Geseze des Codex [3]) über Furcht und Gewalt. So sagt gleichfalls Paulus [4]): „Wenn ich, durch Furcht genöthigt, eine „Erbschaft angetreten, so halte ich dafür, daß ich „dadurch Erbe werde, denn, ob ich gleich, wenn „es ganz bey mir gestanden wäre, nicht gewollt „hätte; so habe ich doch aus Zwang gewollt (coactus „volui); allein ich bin durch den Prätor zu restitui„ren, um mich der Erbschaft enthalten zu können." Wäre ein solches Geschäft, oder ein contractus bonae fidei [5]) wegen dabey eingetretener Gewalt oder Furcht nichtig gewesen; so hätte es keiner Restitution des Prätor dagegen bedurft. Bloß das hierauf gegründete Versprechen von Heyrathgut machte eine Ausnahme [6]).

1) l. 106 ff. de R. J.

2) l. 1. l. 9. §. 3. l. 10. §. 1. ff. q. met. causa.

3) l. 3. 4. 5. 7. C. de his, q. vi metusve causa.

4) l. 21. §. 5. ff. q. met. causa. *Cujacius* L. 16. Obs. 40.

5) l. 21. §. 4. eod. *Vinnius* Sel. quaest. L. I. c. 12. p. 32.

6) l. 21. §. 3. eod.

§. 5.

Rechtsgeschäfte und contractus bonae fidei durch Dolus erzeugt [1]), waren an sich nichtig, und die exceptio doli lag schon in der Convention. Dagegen galten die dadurch bewirkten contractus stricti

juris nach rechtlicher Subtilität, der Versprechende konnte aber die Aktion des Klägers durch die ihr entgegengesezte exceptio doli unwirksam machen [2]). Gleich unverbindlich waren Rechtsgeschäfte, denen ein Irrthum in der Sache [3]), worüber, und in der Person [4]), mit der man kontrahiren wollte, zum Grund lag. Auch wenn unter den Partheyen ein Irrthum, entweder in Ansehung des Willens, das Eigenthum zu übertragen [5]), oder in Ansehung des Rechtsgrundes (Titels), aus dem es übertragen wurde [6]), vorwaltete, war der Vertrag unkräftig. Hier trat kein Unterschied zwischen contractus ſtricti juris und contractus bonae fidei, wie bey dem Dolus, ein, sondern alle Contrakte aus Irrthum waren durch sich selbst nichtig [7]). Vielleicht liegt die Ursache der Verschiedenheit darin, daß bey dem Irrthum kein Theil einwilligt, bey dem Dolus hingegen, und wenn man sich bloß an das ſtrictum jus hält, gegenseitige Einwilligung vorhanden ist.

1) l. 7 ff. de dol. mal. sagt Ulpian: *nullam* esse venditionem, ſi in *hoc ipso ut venderet*, circumscriptus est. l. 21 ff. ſol. matr. l. 152. §. fin. d. R. J.

2) l. 36. ff. de V. O.

3) l. 57. ff. de O. et A. . . . ſi error aliquis intervenit, ut aliud ſentiat, qui emit, aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, *nihil valet*, quod actum est.

dies zeigen auch mehrere Geseze des Codex [3]) über Furcht und Gewalt. So sagt gleichfalls Paulus [4]): „Wenn ich, durch Furcht genöthigt, eine „Erbschaft angetreten, so halte ich dafür, daß ich „dadurch Erbe werde, denn, ob ich gleich, wenn „es ganz bey mir gestanden wäre, nicht gewollt „hätte; so habe ich doch aus Zwang gewollt (coactus „volui); allein ich bin durch den Prätor zu restitui„ren, um mich der Erbschaft enthalten zu können." Wäre ein solches Geschäft, oder ein contractus bonae fidei [5]) wegen dabey eingetretener Gewalt oder Furcht nichtig gewesen; so hätte es keiner Restitution des Prätor dagegen bedurft. Bloß das hierauf gegründete Versprechen von Heyrathgut machte eine Ausnahme [6]).

1) l. 106 ff. de R. J.

2) l. 1. l. 9. §. 3. l. 10. §. 1. ff. q. met. causa.

3) l. 3. 4. 5. 7. C. de his, q. vi metusve causa.

4) l. 21. §. 5. ff. q. met. causa. *Cujacius* L. 16. Obs. 40.

5) l. 21. §. 4. eod. *Vinnius* Sel. quaest. L. I. c. 12. p. 32.

6) l. 21. §. 3. eod.

§. 5.

Rechtsgeschäfte und contractus bonae fidei durch Dolus erzeugt [1]), waren an sich nichtig, und die exceptio doli lag schon in der Convention. Dagegen galten die dadurch bewirkten contractus stricti

juris nach rechtlicher Subtilität, der Versprechende konnte aber die Aktion des Klägers durch die ihr entgegengesezte exceptio doli unwirksam machen [2]. Gleich unverbindlich waren Rechtsgeschäfte, denen ein Irrthum in der Sache [3], worüber, und in der Person [4], mit der man kontrahiren wollte, zum Grund lag. Auch wenn unter den Partheyen ein Irrthum, entweder in Ansehung des Willens, das Eigenthum zu übertragen [5], oder in Ansehung des Rechtsgrundes (Titels), aus dem es übertragen wurde [6], vorwaltete, war der Vertrag unkräftig. Hier trat kein Unterschied zwischen contractus stricti juris und contractus bonae fidei, wie bey dem Dolus, ein, sondern alle Contrakte aus Irrthum waren durch sich selbst nichtig [7]. Vielleicht liegt die Ursache der Verschiedenheit darin, daß bey dem Irrthum kein Theil einwilligt, bey dem Dolus hingegen, und wenn man sich bloß an das strictum jus hält, gegenseitige Einwilligung vorhanden ist.

1) l. 7 ff. de dol. mal. sagt Ulpian: *nullam* esse venditionem, si in *hoc ipso ut venderet*, circumscriptus est. l. 21 ff. sol. matr. l. 152. §. fin. d. R. J.

2) l. 36. ff. de V. O.

3) l. 57. ff. de O. et A. . . . si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat, qui emit, aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, *nihil valet*, quod actum est.

4) l. 15 ff. de jurid. l. 2 ff. de judic. l. 11. §. 1. ff. de contr. emt.

5) l. 55 ff. de O. et A.

6) l. 3. §. 1. ff. de O. et A. l. 18 ff. de reb. cred.

7) l. 57 ff. de O. et A.

§. 6.

Noch muß ich ein paar Einwürfen begegnen. Man könnte aus der l. 1. C. de resc. vend., wo es von einem durch Gewalt abgedrungenen Verkauf heißt: malae fidei emtio *irrita* est, den Schluß ziehen, daß ein solcher schon an sich nichtig sey. Allein der Ausdruck: *irritum*, sezt bey den Römern ein gültiges Geschäft voraus, das in der Folge rescindirt wird, wie bey inofficiosen Testamenten [1]), oder das durch nachher erst eingetretene Umstände seine Kraft verliert [2]). Dies zeigen auch schon die vorhergehenden Worte: — — ratum non *habebitur*, quod gestum est, und der Umstand an: daß das Gesez in dem Titel de resc. vend. steht. Ferner könnte man sagen: daß, da aus einem durch Dolus bewirkten contractus bonae fidei das Eigenthum übertragen werde [3]), derselbe nicht ursprünglich nichtig sey. — Aber dies folgt nicht: der Beweis davon ist eine aus Irrthum bezahlte Nichtschuld. Diese kann man, weil das Eigenthum übergegangen, nicht vindiciren, sondern man fordert sie mit der condictio indebiti zurük. Eben so vindicirt man,

wenn gleich die Ehe nichtig ist, den dos nicht, sondern condicirt ihn [4]).

1) N. 115. c. 3. 4. *Vinnius* Sel. quaest. L. 2. c. 20. In den Basilicis L. 39. T. 2 heißt ein Testament, aus welchem die Erbschaft nicht angetreten wird, ἄκυρος irritum, dasjenige aber, worin ein suus heres präterirt ist, ἀντὶ μηδενὸς nullius momenti.

2) l. 6 §. 5. ff. de inj. rupt. irrito fact. testam. §. 2. Instit. q. mod. test. infirm.

3) l. 31 ff. de A. R. D.

4) l. penult. C. de interd. matr. int. pup.

XVII.

Ist die Compensation eines rechtlich vermutheten Ehebruchs mit einem wahren zuläßig?

§. 1.

Es ist bekannt, daß nicht nur gegenseitige verbindliche Handlungen und Schulden [1]), sondern daß auch Uebelthaten und Vergehen in Ansehung der daraus entstehenden wechselseitigen Privatrechte [2]) Gegenstand der Compensation sind. Nur werden in beyden Fällen solche Verhältnisse und Umstände erfordert, unter denen die Geseze dieselbe gestatten. So wenig also illiquide Schulden mit liquiden, sondern bloß gleiche Forderungen (der Beschaffenheit, nicht der Größe nach) gegeneinander compensirt werden können; eben so wenig lassen sich ungleichartige Vergehen gegeneinander aufheben [3]). Auch diese müßen gleich wahr und erwiesen seyn, und sich auf Rechte beziehen, welche ein Theil gegen den andern geltend machen könnte, wenn er nicht dasselbe Verbrechen begangen hätte [4]).

1) l. 1. l. 10. pr. ff. de comp.

2) l. 10. §. 2. eod. l. 36 ff. de dol. mal.

3) l. 39 ff. sol. matr. *paria* enim delicta mutua compensatione dissolvuntur. c. 6. X. de adult.

4) l. 3. §. 3. de eo, per quem etc. . . *ab utraque parte dolo compensando.*

§. 2.

Hieraus folgt nothwendig: daß ein Ehegatte, wegen Ehebruchs des andern, auf Scheidung, oder bey den Katholiken auf beständige Trennung zu Tisch und Bett, nicht wirksam klagen kann, wenn er sich desselben Vergehens schuldig gemacht hat. Dies muß aber auf beyden Seiten ohne Zweifel und klar erwiesen seyn. Das kanonische Recht drükt sich hierüber an mehreren Stellen sehr bestimmt aus, und legt nur dem, entweder durch Evidenz der Sache, oder durch rechtmäßiges Bekenntniß, oder durch gültige Zeugen erwiesenen beyderseitigen Ehebruch, die rechtliche Wirkung der Compensation bey [1]). Ob übrigens derselbe vor oder nach angestellter Klage begangen worden, ist ganz einerley [2]); außer es hätte ein Gatte dem andern sein Vergehen ausdrüklich, oder durch ferneren ehelichen Beyschlaf, verziehen [3]). Denn in diesem Fall hat der Verzeihende kein Klagrecht mehr. Uebrigens kann der andere weniger nachsichtige Gatte ihn wegen nachherigen Ehebruchs belangen, und eine richterliche Scheidung bewirken. Vergeblich würde sich jener auf das von diesem vormals begangene gleiche Verbrechen berufen, da der Grund der Compensation durch sein vermittelst der Verzeihung erloschenes Recht aufgehört hat.

1) c. 6. X. de adult. . . nisi tibi *constiterit*, vel per evidentiam rei . . cum matrimonii jus in utroque

laesum consistat, et *paria* delicta mutua compensatione tollantur. c. 4. X. de divort. quod si *notorium* est, mulierem ipsum adulterium commisisse, ad eam recipiendam vir cogi non debet, nisi *constaret*, ipsum cum alia *adulterium* commisisse. c. 1. C. 21. qu. 6.

2) c. 7. X. oe adult.

3) c. 4. X. de don. int. vir. et ux. c. 8. 9. C. 22. qu. 1.

§. 3.

Nichts destoweniger sind viele Rechtsgelehrte der Meinung, daß auch ein rechtlich vermutheter Ehebruch zur Compensation mit einem wahren hinreichend sey. Sie unterstüzen dieselbe mit folgenden Gründen:

Das kanonische Recht selbst stelle einen Ehebruch, dessen Thatbestand auf einem sicheren und durch die Eigenheit der Umstände gewaltigen Verdacht beruhe, dem wahren und erwiesenen Ehebruch gleich, nehme ihn als gewiß an, und erlaube dem Richter bey jenem, wie bey diesem zu scheiden [1]. Hievon sey eine natürliche Folge, daß das adulterium praesumtum auf einer Seite, das verum adulterium auf der andern Seite aufhebe, und daß der Richter in Fällen, wo ein Gatte auf wirklichen Ehebruch klagt, während ihm das adulterium praesumtum zur Last fällt, auf Compensation erkennen, und die Klage als unstatthaft abweisen müße.

Sollte die Compensation nicht eintreten; so könne es nur wegen Verschiedenheit beyder Vergehen

geschehen, diese sey aber nicht vorhanden, nachdem das Gesez in beiden Fällen die Scheidung zulasse. Vielmehr sey Gleichheit derselben ratio legis, gleiche Ursache bringe daher gleiche Wirkung hervor.

1) c. 12. X. de praesumt. . . respondemus, quod hujusmodi *violenta* et *certa* suspicione fornicationis potest sententia divortii promulgari.

§. 4.

Demungeachtet kann ich dieser Meinung nicht beystimmen. Denn auch ohne die §. 2.) angeführten Gesezstellen, wornach der Mann sich von seinem ehebrecherischen Weib nur dann trennen darf, wenn er nicht auch des Ehebruchs überwiesen ist, und wornach er sie sogar bey einem von ihm nachher kundbar begangenen Ehebruch wieder aufnehmen muß, sind noch andere Texte des kanonischen Rechts und die Compensations-Grundsäze dieser Meinung entgegen. Jene gestatten dem Ehegatten die Trennung nicht, wegen jeder Verlezung der Treue, sondern bloß wegen Verlezung derselben durch Beyschlaf mit anderen [1]); sie sezten daher den Ehebruch ausschließend in dieses Vergehen, und erlaubten solchen bundbrüchigen Personen nicht, sich einander zu heyrathen [2]). Die Compensationsprinzipien aber sezen, nach der Natur der Sache, immer gegenseitige liquide Schulden, und in der Anwendung auf Verbrechen gleiche und wirklich begangene voraus (§. 1.). Aus dem c. 12. X., de praesumt., das wegen vorhandener gewaltiger

Vermuthung eines begangenen Ehebruchs Scheidung zuläßt, folgt keineswegs die völlige Gleichstellung desselben mit dem wahren und wirklich vollbrachten Ehebruch, sondern nur ein Grad der Verschuldung, der so nahe an das wirkliche Verbrechen gränzt, daß das Gesez dem klagenden unschuldigen Ehegatten in diesem Fall keine andere befriedigende Genugthuung, als Trennung von seiner treulosen Hälfte zu geben wußte. Haben aber beyde Gatten die eheliche Treue verlezt, dann entscheidet die größere Untreue, und das Uebergewicht der Verschuldung.

1) C. 21. 29. C. 27. qu. 2. nemo dimittere debet uxorem, excepta causa *fornicationis.* c. 9. X. de spons. et matr. c. 8. X. de convers. conjug. non licere viro, nisi *ob causam fornicationis* uxorem suam dimittere.

2) c. 10. C. 27. qu. 1. cognoscimus fidem, quia *nullum adulterium.*

3) C. 13. C. 31. qu. 1. nullus ducat in matrimonium, quam prius polluit per adulterium. Die bekannten Einschränkungen dieses Gesezes sind später.

§. 5.

Der gesezliche dringende Verdacht der vollbrachten That ist darum nicht Wahrheit, ist nicht die vollbrachte That selbst. Das Gegentheil ist immer noch möglich, und vielleicht durch den dadurch gravirten Gatten erweislich, wo sodann dieser Verdacht — so stark er auch ist —

vor der Wahrheit verschwindet (praesumtio cedit veritati). Außerdem ist diese rechtliche Vermuthung nach dem kanonischen Recht keine sogenannte praesumtio juris et de jure, welche, weil sie für Wahrheit gilt, keinen Beweis des Gegentheils zuläßt [1]). Um die Vermuthung des Ehebruchs aus so dringenden Anzeigen unter die Kathegorie der lezteren zählen zu können, müßte sie in dem Gesez als solche aufgeführt seyn.

1) c. 16. X. de sent. et re judic. c. 30. X. de sponsal. . . quia licet *praesumtum* primum matrimonium videbatur, coutra praesumtio*n*em tamen hujusmodi *non est probatio admittenda.* c. 6. X. de condit. appos. in despons.

§. 6.

Ferner tritt zwischen der richterlichen Scheidung aus einem wahren, und aus einem nur rechtlich angenommenen oder vermutheten Ehebruch der wichtige Unterschied ein: daß bey der ersten, so bald der begangene Ehebruch von dem beleidigten Gatten eingeklagt und unbestritten ist, kein Ermessen des Richters, keine Ungewißheit der Entscheidung statt hat, indem er eigentlich kein Urtheil findet, sondern das schon durch den konstatirten Ehebruch entschiedene Recht jenes Gatten auf Scheidung nur als wirksam ausspricht; da hingegen bey der zweyten alles erst von genauer Prüfung der in der Klage vorgebrachten Verdachtsgründe und davon abhängt, ob der Rich-

ter diese zur rechtlichen Vermuthung des Ehebruchs, und dem dadurch begründeten Scheidungsrecht geeignet findet. Dort hat also der klagende Theil ein ausgemachtes, hier immer nur ein problematisches Recht; dort muß der Richter auf Scheidung erkennen, hier kann er nach Beurtheilung des Falls und seinem Ermessen auch das Gegentheil thun.

§. 7.

Dies ist meines Erachtens der Hauptgrund, warum sich der rechtlich vermuthete Ehebruch des einen Gatten, mit dem von dem andern wirklich begangenen nicht kompensiren läßt. Lezterer ist als Berechtigung zur Scheidung schon vor erhobener Klage vorhanden, wenn diese gegründet seyn soll. Ueber seinen Thatbestand ist also kein Zweifel. Ganz anders ist es bey dem vermutheten. Hier entscheidet der Richter über die klagbar angebrachten Verdachtsgründe nicht, wie bey dem wahren Ehebruch, bloß in Ansehung seiner Wirkung, sondern in Ansehung seines Daseyns und Thatbestands; hier muß er erst das vorhandene adulterium praesumtum zu seinem Spruch auffinden. Jene Verschuldung ist also schon vor richterlicher Sentenz, diese erst durch dieselbe liquid, und daher kein Compensationsgegenstand. — Aber sie wird es doch, sobald der Richter den einen auf wirklichen Ehebruch klagenden Gatten des ihm von dem andern vorgeworfenen adulterii praesumti

schuldig erkennt. — Keineswegs; denn eine Uebelthat eignet sich so wenig, als eine Civilschuld, erst durch das Urtheil zur richterlichen Compensation, sondern sie muß, wie diejenige, welche sie ins Gleichgewicht bringen, rechtlich unwirksam machen, und gegen sich aufheben soll, schon vorher dazu geeignet gewesen seyn.

Diese Wahrheit ist daraus ersichtlich: weil die Compensation ipso jure [1]), das heißt durch die gesezlich dazu geeignete Handlung, und nicht durch den Richter geschieht. Derselbe spricht nur aus: daß die Schuld oder Vergehung des Beklagten durch eine Schuld oder ein Vergehen des Klägers von gleicher Beschaffenheit schon ihrer Natur nach aufgehoben und getilgt sey. Der Richter kann weder ein Vergehen dem andern gleich sezen, noch eines gegen das andere kompensiren, sondern einzig und allein nach Gegeneinanderhaltung derselben rechtskräftig erklären, daß beyde Vergehen wirklich gleich seyen, folglich sich selbst kompensiren, oder einander aufheben.

1) l. 4. l. 10. pr. ff. de comp. si ambo socii *parem* negligentiam societati adhibuimus, dicendum, desinere nos invicem esse obligatos, *ipso jure* compensatione negligentiae facta. l. 4. l. 14. C. eod. compensationes ex *omnibus* actionibus *ipso jure* fieri sancimus.

§. 8.

Kompensation, wenn sie statt haben soll, entsteht im Augenblik der beyderseitigen Schuld oder

ter diese zur rechtlichen Vermuthung des Ehebruchs, und dem dadurch begründeten Scheidungsrecht geeignet findet. Dort hat also der klagende Theil ein ausgemachtes, hier immer nur ein problematisches Recht; dort muß der Richter auf Scheidung erkennen, hier kann er nach Beurtheilung des Falls und seinem Ermessen auch das Gegentheil thun.

§. 7.

Dies ist meines Erachtens der Hauptgrund, warum sich der rechtlich vermuthete Ehebruch des einen Gatten, mit dem von dem andern wirklich begangenen nicht kompensiren läßt. Lezterer ist als Berechtigung zur Scheidung schon vor erhobener Klage vorhanden, wenn diese gegründet seyn soll. Ueber seinen Thatbestand ist also kein Zweifel. Ganz anders ist es bey dem vermutheten. Hier entscheidet der Richter über die klagbar angebrachten Verdachtsgründe nicht, wie bey dem wahren Ehebruch, bloß in Ansehung seiner Wirkung, sondern in Ansehung seines Daseyns und Thatbestands; hier muß er erst das vorhandene adulterium praesumtum zu seinem Spruch auffinden. Jene Verschuldung ist also schon vor richterlicher Sentenz, diese erst durch dieselbe liquid, und daher kein Compensationsgegenstand. — Aber sie wird es doch, sobald der Richter den einen auf wirklichen Ehebruch klagenden Gatten des ihm von dem andern vorgeworfenen adulterii praesumti

schuldig erkennt. — Keineswegs; denn eine Uebelthat eignet sich so wenig, als eine Civilschuld, erst durch das Urtheil zur richterlichen Compensation, sondern sie muß, wie diejenige, welche sie ins Gleichgewicht bringen, rechtlich unwirksam machen, und gegen sich aufheben soll, schon vorher dazu geeignet gewesen seyn.

Diese Wahrheit ist daraus ersichtlich: weil die Compensation ipso jure [1]), das heißt durch die gesezlich dazu geeignete Handlung, und nicht durch den Richter geschieht. Derselbe spricht nur aus: daß die Schuld oder Vergehung des Beklagten durch eine Schuld oder ein Vergehen des Klägers von gleicher Beschaffenheit schon ihrer Natur nach aufgehoben und getilgt sey. Der Richter kann weder ein Vergehen dem andern gleich sezen, noch eines gegen das andere kompensiren, sondern einzig und allein nach Gegeneinanderhaltung derselben rechtskräftig erklären, daß beyde Vergehen wirklich gleich seyen, folglich sich selbst kompensiren, oder einander aufheben.

1) l. 4. l. 10. pr. ff. de comp. si ambo socii *parem* negligentiam societati adhibuimus, dicendum, desinere nos invicem esse obligatos, *ipso jure* compensatione negligentiae facta. l. 4. l. 14. C. eod. compensationes ex *omnibus* actionibus *ipso jure* fieri sancimus.

§. 8.

Kompensation, wenn sie statt haben soll, entsteht im Augenblik der beyderseitigen Schuld oder

Verschuldung [1]). Waren die Vergehen der Ehegatten zur Zeit der That sich gleich, dann kompensiren sie sich, und der Richter muß darauf erkennen. Daß aber der wirkliche Ehebruch, und der rechtlich dafür angenommene, präsumirte, in dem Moment, wo beyde Gatten, der eine durch die That, der andere durch erregten starken Verdacht desselben gesündiget haben, sich gleich seyen, wird wohl kein Vernünftiger behaupten. Daher kann der auf wirklichen Ehebruch klagende Gatte sein Recht auf Scheidung nicht dadurch verlieren, daß der Beklagte ihn des rechtlich vermutheten Ehebruchs verdächtig macht. Er hat durch seine erwiesene Klage die Scheidung gleichsam anticipirt. Das Richteramt hört mit dem Spruch auf Scheidung wegen wirklichen Ehebruchs auf, und wenn es auch noch statt finden könnte, so würde es nichts nüzen, da das frühere und stärkere Recht des Klägers, das spätere und schwächere des Beklagten ausschließt.

Zwar wird kein Ehegericht, im Fall sich auch der Kläger des Ehebruchs verdächtig gemacht hat, irgend etwas verabsäumen, oder an zwekdienlicher Bemühung es fehlen lassen, um durch gütlichen Vergleich zwischen beyden Gatten eine Aussöhnung zu bewirken; aber auf Kompensation kann es nicht sprechen, wenn jener mißlingt. Vielmehr muß es in Ermanglung eines Gesezes [2]), das beyde Vergehen einander gleich stellt, nach dem

gemeinen, besonders dem kanonischen Recht, wegen des Uebergewichts der Verschuldung von Seiten des Beklagten für den Kläger auf Scheidung erkennen.

1) l. 4. C. de compens. compensationem haberi oportet ex *eo tempore*, ex quo ab utraque parte debetur.

2) Nach Preußischem Recht findet Compensation statt, weil dieses eine dringende Vermuthung verlezter ehelicher Treue dem Ehebruch gleich achtet. s. II Th. 1 Tit. §. 673. Allein dieses Recht ist im Punkt der Ehescheidung überhaupt nicht streng.

XVIII.

Retrakt und Losung sind verschiedene Begriffe.

§. 1.

Dem Retrakt ist es wie so vielen andern Dingen gegangen, daß man den Kauf, der ihm oft und gewöhnlich vorangieng, allmählig für ein nothwendiges und wesentliches Erforderniß desselben ansah, ihn in dessen Begriff aufnahm, und zulezt ihn zur unumgänglichen Bedingung bey Ausübung des Retrakts machte. Eine Species der Veräußerung trat dadurch an die Stelle des Genus, und schloß den Retrakt bey andern Alienationsarten aus.

§. 2.

Würde man mit dieser Veränderung des Begriffs auch das Wort Retrakt nicht mehr gebraucht, sondern Losung an dessen Stelle gesezt, und den Retrakt (Abtrieb, Zugrecht) bloß bey Zurüknahme der Sache in den übrigen Alienationsfällen beybehalten haben, dann wäre man konsequent verfahren. So aber ist die ursprüngliche Natur eines teutschen Rechtsgeschäfts unrichtig abgeändert, und dasselbe auf einen ihm vorausgegangenen, und durch Uebergabe der zu retrahirenden Sache konsummirten Kauf eingeschränkt worden.

§. 3.

Daß der Retrakt seinem wahren Begriff nach auch andere, als durch Verkauf geschehene Alienationen, umfaßte, dies läßt sich aus älteren und neueren deutschen Gesezen darthun. Im 312. Kapitel des Schwäbischen Landrechts liest man:

> 3) Gibt eyner sein eygen wider seyner Erben Willen hin, und on des Vogts Ding, sy sollen für den Richter faren und söllend es versprechen und der Richter soll es antwurten den Erben.

Hier wird allgemein von dem Hingeben von eigen Gut, also nicht bloß vom Verkauf geredet, und den Erben, wenn sie nicht darein gewilliget haben, erlaubt, es anzusprechen, auch der Richter angewiesen, es ihnen zurükzugeben.

Der 52ste Artikel des Sächsischen Landrechts sagt:

> Ohne der Erben Urlaub und außer dem rechten Gerichte muß niemand sein Eygen oder seine Leute weggeben. Vergiebt jemand dergleichen wider Recht ohne der Erben Erlaubniß, so kann sich der Erbe dessen mit Urtheilen unterwinden, eben so, als ob jener, der es vergab, da er es wegzugeben nicht vermochte, bereits todt wäre.

In der lateinischen Uebersezung ist das Wort weggeben durch alienare, und das Wort vergeben durch donare ausgedrükt.

Im Richtstich Landrechts c. 25. heißt es:

> Tibi judicandum relinquo — ait heres ſine cujus consensu quis bona resignavit in judicio — quod is venditor rem venditam esse *proprium ſuum* bonum fateatur, et ex eadem ratione peto ſententiam: num ille eam vendere, *donare vel alienare*, ſine consensu meo liceat, cum ejus heres ſim? invenitur non licere. — — Enim vero, quando tu vidisti venditionem, *donationem* ac *alienationem* rei peractam esse neque contradixisti, quaerat ille an nunc contradicere possis? et invenitur quod non.

Auch hieraus zeigt ſich, daß jedes, ohne des Erben Willen hingegebene oder veräußerte eigene Gut, retrahirt werden konnte.

§. 4.

Das Weichbild art. 20. ſtimmt damit überein:

> Ob ein Mann ſein eygen vergeben will binnen Weichbild, wie er das thun ſoll, das es ihm hülflich ſey zu ſeinem Recht, ſo findt man ihn zu Recht mit der Erben Laub (Erlaubniß). Ob es erb oder gabhaft gut iſt, das iſt, das es nicht unbeerbet oder ungabhaft Gut ſey, alſo das ers gekauft hab umb ſein Geld, denn ſo mag er es geben, wem er wil, on jemandes widerſprechen.

Glossa ad art. 30.

Nu möcht ich hie fragen, ob mein Vater in dem Jahr als er starb oder im Jar darvor sein verkauft Eygen aufgelassen oder überreicht hett, möcht es jener mit solcher Besizung in sein Gewehr erkriegen, mit der er mir mein Anwartung entfremden wolt, oder was darum recht sey?

Instanz:

Etliche sprechen also: Mein Vater hab es diesem gewehret und ziehen sich an das Recht das hie geschrieben stehet, denn das Gut war noch an mich nicht kommen, und so hette das (noch niemand von meinetwegen) dieser Zeit auch angesprochen bis an sein end, darum hett der Käuffer ein recht Gewehr (rechtmäßigen Besiz) daran erkrieget.

Hierzu antworten sie also; möcht dann ein Gut verwehret werden, da ich nie zu gewilliget het zu verkauffen, so were das unrecht, da man ohne der Erben Urlaub und ohn geheget Ding (Gericht) kein erb noch eigen gelassen mag Lib. 1. Art. 52. Wir sprechen hiezu, er möge das Gut ansprechen auf alles sein Recht, so fern das ers nicht gewust hett, das es sein Vater hett verkauft, oder das er seines Vaters Kauf hett mögen widersprechen, denn also gewinnet er jenem das Gut wieder

ab mit rechtem Urtheil, aber er muß ihm widergeben das Geld, das der Vater von dem Käufer nahm umb das Gut, als ers verkaufet. Denn gewünn er dem Käuffer das Gut oder das eigen wider ab mit dem, das er des keine rechte gewehr hett gehabt, noch auch das nicht daran verschwiegen hett, und jenem würde sein Geld nicht wider, das were nicht Recht, denn es soll sich niemand reichern mit eines andern schaden.

§. 5.

Hier wird dem Erben das Recht ertheilt, ein Gut, das sein Vater ohne seine Einwilligung verkauft, wieder zu gewinnen, d. i. an sich zu bringen, zu retrahiren, mit der Bedingung, daß der Sohn dem Käufer den Kaufschilling erseze, weil er sich sonst mit dem Schaden des Käufers bereicherte. Doch konnte nach der vorhergehenden Stelle die Sache oder das Gut auch in andern unentgeltlichen Alienationsfällen retrahirt werden.

Es kam nur darauf an, ob das veräußerte Gut ein Erbgut, oder ein selbsterworbenes (gabhaft) Gut war. Im ersten Fall konnte der Besizer ohne der Erben Einwilligung es weder verkaufen, noch auf andere Art alieniren, und wenn es geschah, so hatte der Erbe den Retrakt oder die Wiedergewinnung des Guts. Im zweyten war die Veräußerung weder einem Widerspruch, noch die alienirte Sache dem Retrakt unterworfen.

§. 6.

Dieser Retrakt der Erbgüter, der heut zu Tag retractus gentilitius, Erblosung heißt, ist noch ziemlich allgemein; doch muß er da, wo er nicht durch statutarisches und Gewohnheitsrecht beybehalten worden, besonders erwiesen werden [1]). Nach dem Lüneburgischen Recht kann ihn der nächste Blutsfreund in absteigender Linie ausüben. Das jus equest. Brem. drükt sich im 13. Tit. darüber so aus:

> Niemand mag sein Erbstammgut ohne der nächsten Erben und Schwerdmagen Willen, Consens und Wissen vergeben, oder quocunque alio titulo verändern — — Würde aber jemand ohne vorherige Anbietung solcher Güter an seine nächsten Stammvetter, sie einem andern verkaufen, so soll solcher Kauf auf Begehren der nächsten Stammvetter cassirt und kraftlos erkannt werden.

Eben so kann nach dem Hadeler Landrecht P. 3. T. 8. 11. und nach dem Dithmarsischen Art. 33. niemand, er habe Kinder oder nicht, ohne Vorwissen und Bewilligung der rechten Erben von Erbgütern in seinem Testament etwas vergeben.

1) *Simon van Leuwen* in Cens. for. P. I. L. 4. C. 20. *Puffendorff* in Obs. T. I. Obs. 132.

§. 7.

Solche durch Verkauf unerlaubt veräußerte Stammgüter können die rechte Erben, sobald sie

es erfahren, stets retrahiren, und zwar die Descendenten des Verkäufers, welche ihren Vater beerben, und seine Handlungen anerkennen müßen, nur gegen Ersaz des Kaufschillings; seine nächsten Agnaten aber — weil der Verkäufer durch sein unerlaubtes Faktum ihr Recht an das Gut nicht schmälern konnte, — ohne denselben [1]). Ich erinnere mich noch eines merkwürdigen Falls, wo nach dem Tod des Herzogs von S. H..., der an einen Herrn von H.... ein Stammgut verkauft hatte, der succedirende Agnat dasselbe von dem Käufer unentgeldlich retrahirte, wodurch dieser den grösten Theil seines Vermögens verlohr.

1) Man vergleiche hiemit II Feud. T. 26. §. 5. Titius.

§. 8.

In einer Streitsache der Heinzelmännischen Erben wider die Brüder Schillinger, worin die Juristenfakultät der vormaligen Hohenschule zu Stuttgart 1790 ein rechtliches Gutachten ertheilte, kam es hauptsächlich darauf an: ob die dem Verkauf eines kleinen Lehenguts angehängte Bedingung: daß, wenn Käufer dasselbe wieder von Händen geben oder lassen würde, es den Heinzelmännischen Erben als der Verkäuferin Geschwistrigen um den alten Kaufschilling à 340 fl. wiederum überlassen seyn solle: ein Losungsrecht bezeichne, und in dieser Voraussezung dasselbe begründe? Als nachher der Käufer es an

seinen Bruder verschenkt hatte, und die Heinzelmännische Erben in Beziehung auf jene Kaufsbedingung es retrahiren wollten, widersprachen die Beklagte aus dem Grund der nicht geschehenen Alienation durch Verkauf, sondern durch Schenkung, wo bekanntlich kein Losungsrecht statt finde.

Zwar behaupten Walch [1]) und viele Rechtsgelehrte, daß der Retrakt nur bey Veräußerungen durch Kauf eintrete; doch wurde nach meinem Antrag gesprochen: daß in diesem Fall die bedungene Losung Plaz greife, welche nach der Absicht der Kontrahenten, und nach den Worten der Bedingung sich nicht auf die Veräußerung durch Kauf beschränken lasse.

1) in der Abhandlung vom Näherrecht S. 60. 87. 104. 118.

§. 9.

Die beyden Hauptgründe des Walch sind die:

1) „ein Retrahent könne das Näherrecht nicht „ausüben, wo nicht derselbe die Bedingungen, un„ter welchen die Sache von dem bisherigen Besi„zer auf den dritten veräußert worden, eben so als wie der andere erfüllen kann“:

2) „habe der Retrakt nicht statt, wenn nicht „dem bisherigen Besizer es völlig gleichgültig sey, „ob dieser oder ein anderer die Sache erhalte, da, „wenn auch gleich der Retrakt aus einem Gesamt-

„eigenthum entsteht, dasselbe dennoch das wirkli„che Eigenthum des Inhabers der Sache, und die „damit verbundene Befugniß, die Sache zu ver„äußern in der Maasen nicht einschränken mag, „daß dabey der Besizer seine Sache einem Dritten „mit einer Art von Nachtheil überlassen müsse. „Da nun aber lediglich bey dem Kauf beyde „Erfordernisse anzutreffen, so sind auch alle an„dere Arten der Veräußerungen vom Retrakt aus„geschlossen."

§. 10.

Inzwischen scheinen diese Gründe vielmehr zu Rechtfertigung des schon voraus als wahr angenommenen Sazes: daß Retrakt nur bey Kauf statt finde: aufgesucht, als das thema probandum damit bewiesen zu seyn. Zwar geht dem Retrakt gemeiniglich [1]) ein Verkauf der zu lösenden Sache voraus; daher wird dieser mit Recht für ein natürliches Erforderniß der Losung gehalten; aber hieraus folgt nicht: daß er ein so wesentliches Erforderniß sey, daß sich ohne dasselbe kein Retrakt denken lasse, oder statt haben könne. Nur das durch ein gemeinschaftliches Eigenthum (condominium), oder einen Vertrag, oder durch beyde begründete, und gegen einen dritten Besizer sich äußernde dingliche Recht auf eine unbewegliche Sache, kraft dessen man diese, wenn sie veräußert worden, d. h. in fremde Hände, in die sie nicht kommen soll, gerathen ist, wie-

der an sich zieht (retrahirt, vindicirt), bildet den Begriff des Retrakts. Dieser berechtigt zur Zurüknahme der Sache nach jeder Veräußerung, und ist durchaus nicht auf vorgängigen Kauf zu beschränken: welche leztere Veräußerungsart man nur dann annehmen kann, wenn man von lösen und Losung spricht.

1) So sagt auch der gründliche *Schweder* Disp. 24. de jure agnat. in feudis T. I. p. 1212. §. 38. Retractus locum *potissimum* habet in venditione, vel quando pretium intervenit.

XIX.

Von der Natur elterlicher Vermögens-Theilungen, sowohl überhaupt, als nach positivem Recht.

§. 1.

Schon im allgemeinen ist der Wille der Eltern für die Kinder Gesez, und als solches für sie, nicht für die Eltern verbindlich. Dessen Natur schließt eine Abänderung oder Widerrufung desselben nicht aus; und wenn auch dieser elterliche Wille schriftlich erklärt, und von den Kindern unterschrieben ist; so wird er dadurch aus einer Anordnung in keinen Vertrag umgeschaffen. Vielmehr muß, damit dies geschehe, die Absicht der Eltern, sich eine Verbindlichkeit auflegen, und den Kindern gegen sich ein Recht einräumen zu wollen, aus ihrer Willenserklärung, und den dabey vorgekommenen Umständen unzweifelhaft hervorgehen. So lange dies nicht ist, läßt sich wegen des Verhältnisses der Kinder zu den Eltern und ihrer Abhängigkeit von diesen der elterliche Wille nur als Befehl oder als Verordnung ansehen, welche nach Beschaffenheit derselben entweder die Kinder bloß gegen die Eltern, oder jene unter sich selbst verbindlich macht.

§. 2.

Diese Gesezes-Eigenschaft und das daraus fließende Recht der Abänderung und Widerruflich-

keit klebt im allgemeinen auch denjenigen Handlungen an, wodurch die Eltern über ihr Vermögen zum Besten der Kinder Anordnungen treffen, und dasselbe noch vor ihrem Tode unter sie austheilen. Solche Vermögens-Theilungen sind, wenn ihnen auch die Form eines lezten Willens fehlt, wenn auch zwischen den Kindern das elterliche Vermögen nicht bloß getheilt, sondern ihnen wirklich übergeben worden ist, doch ihrer Natur nach Dispositionen, welche so lange abgeändert werden können, als die Eltern das Verfügungsrecht über ihr Vermögen, wovon jene ein Ausfluß sind, nicht aufgegeben haben. Für diese volle Entsagung aber kann die elterliche Vermögens-Theilung und Uebergabe allein nicht gelten; weil sie auch aus Ursachen geschehen kann, die keine Uebertragung eines unwiderruflichen Eigenthums auf die Kinder enthalten. Meistens werden dergleichen Theilungen von beyden, oder einem der bejahrten Eltern, wenn sie an ihre Sterblichkeit denken, gemacht; theils aus Liebe zur Ruhe, theils, um möglichen Theilungsstreitigkeiten der Kinder nach ihrem Tode vorzubeugen. Die Absicht dabey ist mehr, sich der Vermögens-Verwaltung zu entledigen, ihren Kindern den Besiz und Genuß desselben einzuräumen, und zwischen diesen vor der Hand Rechte und Verbindlichkeiten zu stiften, als sie zu ausschließenden Eigenthümern zu machen. Leztere Wirkung kann solchen Theilungen nur dann zugeschrieben

werden, wenn sie in der Form eines wörtlichen Vertrags errichtet, oder schon nach ihrem Innhalt unabänderlich sind.

§. 3.

Mit diesen Säzen des Vernunftrechts stimmen die positiven Geseze ganz überein. So sahen die Römer die väterlichen Vermögens-Theilungen als widerrufliche Verordnungen und nicht als verbindliche Rechtsgeschäfte oder Verträge an.

Kaiser Theodos der jüngere nennt dieselbe in der 9ten Novelle sehr passend voluntatem intestati, und Papinian supremi judicii divisionem. Sie sind weit älter, als die Gleichstellung der emancipirten Kinder mit den suis heredibus. Vor dieser galten die emancipati rükfsichtlich des väterlichen Vermögens nicht für Familienglieder, sondern waren extranei. So lange sie aber noch zum väterlichen Hause gehörten, konnten diese Theilungen auch keine Schenkungen unter den Lebenden seyn, weil leztere zwischen Vater und Kindern ungültig waren [1]). Doch auch späterhin und nach jener Gleichstellung wurden sie als ein widerruflicher Wille betrachtet. Daher sagt Ulpian mit Beziehung auf Papinian [2]): „wenn ein Vater sein Vermögen unter seine Söhne ohne schriftlichen Aufsaz theilt, und die vorhandenen Schulden nach den Besizungen ausgleicht, so scheine dies keine einfache Schenkung, sondern vielmehr eine lezte Willenstheilung zu seyn. Belangen daher

„die Gläubiger sie nach ihren Erbtheilen, und ei-„ner weigert sich, bey der Verordnung zu bleiben; „so könne man gegen ihn praescriptis verbis klagen, „wie wenn sie nach einem bestimmten Gesez „unter sich einen Tausch gemacht hätten, voraus-„gesezt, daß alle Sachen getheilt worden seyen."

Scävola trägt den Fall vor [3]): „Einer „stirbt ohne Testament und theilt in einem Codicill, „das heißt schriftlich, alle seine liegende Gründe „und sein übriges Vermögen unter seinen Kindern, „doch so, daß der Sohn weit mehr als die Tochter „erhält. Nun frägt sich, ob die Schwester ihr „Heyrathgut einwerfen müße? Ich antworte, daß, „wenn nichts ungetheilt geblieben ist, diese Einwer-„fung nach dem Willen des Verstorbenen nicht „statt hat."

1) l. 1. §. 1 ff. pro donato.

2) l. 20. §. 3 ff. Famil. ercisc.

3) l. 39. §. 1. eod.

§. 4.

Der Kaiser Theodosius verordnete [r]): „Zwar ist niemanden erlaubt, das Vermögen der „Lebenden sich anzumaßen, noch sich wider die gu-„ten Sitten darein zu theilen; wenn aber die Kin-„der auf Befehl der Mutter deren Vermögen „unter sich getheilt haben, so soll diese Theilung „auf alle Weise bestehen, wenn anderst ihr „Wille als bis zu ihrem Lebensende fort-„dauernd erweislich ist."

Die Kaiser Diokletian und Maximinian befahlen [2]): „Wenn der gemeinschaftliche Vater „bey dem Gedanken seiner künftigen Beerbung dem „Theilrichteramt zuvorkommen will, und bey vol„lem Verstand durch irgend ein Kennzeichen seinen „Willen kund thut; so soll der Theilrichter, mit „Beachtung der Retention in Gemäßheit der Fal„cidia, dasjenige, was der Vater keinem, weder „überhaupt, noch insbesondere angewiesen hat, „nach dem Antheil eines jeden unter dessen Erben „austheilen, und bey der Zuscheidung den Willen „des Vaters befolgen."

Schon vorher verordneten dieselben Kaiser [3]): „daß, wenn auch des Vaters Testament oder Co„dicill nicht bestehe, derselbe aber seinen Willen „auf irgend eine Art mündlich erklärt habe, der „Theilrichter, ungeachtet die Söhne ihrem Vater „ab intestato succedirt wären, nach dessen Willen „dennoch sich richten müße."

1) l. 2. Cod. Theod. de famil. ercisc.

2) l. 21. Cod. famil. ercisc.

3) l. 16. Cod. eod.

§. 5.

Ferner enthalten die Novellen die bestimmte Verordnung des Justinian [1]): „daß, wenn je„mand unter seine Kinder sein ganzes Vermögen „austheilen, oder auch einige Sachen ihnen voraus „verlassen will; so soll er entweder diese Theilung

„unterschreiben, oder sie durch seine Kinder, für „welche er sie gemacht hat, unterschreiben lassen, und „durch eine oder die andere Unterschrift ihr eine „unbezweifelte Glaubwürdigkeit geben [2]). Thut er „dies nicht, so sey seine Theilung als ungeschehen „zu achten, und diese seinen Kindern selbst über„lassen." — Man sieht hieraus, und besonders aus den Worten des 3ten Kapitels der 107ten Novelle, daß, ungeachtet der Genehmigung [3]) der Theilung durch die Unterschrift der Kinder, diese doch nicht als Vertrag und als unwiderruflich betrachtet, sondern bloß dadurch bestätigt und gegen allen späteren Widerspruch der Theilhaber gesichert wurde [4]).

1) Nov. 18. c. 7. auth. Nov. 107. c. 3. *si modo* C. famil. ercisc.

2) Nicht beyde Unterschriften der Söhne und des Vaters erfordert die Gültigkeit solcher Theilungen — wie in Hofakers Princip. jur. civ. T. 2 §. 1390. behauptet wird — denn in der ersten Verordnung steht deutlich: „et subscribere omnibus *aut* ipsum, *aut* filios universos etc.", und die zweyte, worin jene angeführt und bestätiget wird, redet zuerst von der Unterschrift der Kinder, wo es dann heißt: „sit et hoc *firmum* in hujusmodi rerum divisione." Hierauf folgen die Worte: „Si autem et in divisione *ipse* subscripserit . . sit et hoc *ratum*.

3) Nov. all. c. 3. et *ratas* eas (divisiones) judicare.

4) et *profiteri* filios hoc secundum hunc habere modum.

§. 6.

Vielleicht hatten aber diese elterliche Vermögens-Theilungen nach teutschen Gesezen und Gewohnheiten die Natur der Verträge, und wurden auf vaterländischem Boden als unwiderruflich betrachtet. — Diese Meinung erhält dadurch einigen Schein: daß sie in Teutschland weit früher, als die lezten Willensverordnungen vorkommen, demnach ein ursprünglich teutsches Geschäft gewesen, und nicht, wie die Testamente, von den Römern entlehnt zu seyn scheinen. — Doch hieraus folgt keineswegs ihre Unwiderruflichkeit, da schon das Vernunftrecht Eltern, die ihr Vermögen unter ihre Kinder bey Lebzeiten austheilen, als Disponenten, und nicht als Paciscenten darstellt. Auch läßt sich nicht einsehen, warum ein Vater zum Besten seiner Kinder verbindliche Vorschriften und Anordnungen machen darf, bey Verfügungen aber über sein Vermögen, und bey Austheilung desselben unter seine Kinder, an diese Handlung unabänderlich gebunden seyn soll. Es hängt zwar von ihm ab, eine solche Unabänderlichkeit bey der Vermögens-Theilung und Uebergabe festzusezen, diese sich selbst zur Bedingung zu machen, und dadurch einem weiteren Verfügungsrecht — welche Umstände in der Folge auch eintreten möchten — zu entsagen; so lange aber dies nicht geschehen, ist er durch jenes Recht autorisirt, bey veränderten Umständen von der gemachten Theilung wieder abzu-

gehen, und andere Anordnungen zu treffen, die er der neuen Lage der Dinge und dem Wohl seiner Kinder angemessen findet.

§. 7.

Dergleichen Theilungen geschehen nemlich auf gar verschiedene Art. Bald bestehen sie in einer bloßen Güteranweisung; bald in einer Ueberlassung der Vermögensverwaltung mit einem Theil des Gütergenusses, oder ohne denselben; bald in Uebertragung des Eigenthums mit einem gewißen Vorbehalt, oder mit Ausding. Werden nun die Eltern in der Folge gewahr, daß eine dieser Theilungen der Absicht, die sie dabey hatten, nicht mehr entspreche; so begreife ich nicht, was sie hindern könne, sie aufzuheben, oder wenigstens zwekmäßiger zu machen, es wäre denn, daß deren Unveränderlichkeit aus der Beschaffenheit der Theilung, d. i. der Theilungsart selbst unbezweifelt hervorgienge. Z. B. wenn die Eltern nicht bloß ihr Vermögen unter ihre Kinder theilen, jedem derselben seinen bestimmten Antheil mit vollem Eigenthum übergeben, und dabey erklären: daß diese Theilung zu deren besserem Fortkommen geschehe; sondern zugleich von ihrem Vermögen diejenige Portionen genau ausscheiden, die sie für sich behalten wollen, um davon ruhig und ungestört leben zu können; oder, wenn sie die übergebenen Güter sich in der Steuer ab- und ihren Kindern zuschreiben lassen; oder auch, wenn die Kinder in

ihrem Güterantheil auf ihre Kosten neue Gebäude errichten, und darüber — ohne Rechnung abzulegen — wie über ihr Eigenthum disponiren [1]).

Dergleichen Vermögens-Theilungen kündigen sich offenbar als unveränderlich an, und erlauben nicht mehr, daß durch ihre Aufhebung oder Abänderung, den Kindern das Recht entzogen, oder geschmälert werde, welches die Eltern ihnen durch jene freywillig einräumten. Hier muß man annehmen, daß die Eltern sich selbst auf das vorbehaltene Vermögen beschränkt haben.

1) Cramers wezlarische Nebenst. 39 Th. 2 Abh. §. 2. Just. Henn. *Boehmer* P. 2. Consult. Dec. 218. n. 22.

§. 8.

Wenn aber die Eltern eine solche Theilung ihres Vermögens weder ausdrüklich, noch stillschweigend (nemlich durch die Art und Beschaffenheit derselben) für unwiderruflich erklären, noch sich dadurch gegen ihre Kinder verbindlich machen; oder auch, so oft es zweifelhaft ist, ob die fragliche Theilung als ein Gesez für die Kinder, oder als Vertrag mit denselben anzusehen, folglich von Seiten der Eltern abzuändern sey, oder nicht, würde ich ersteres annehmen, und auf die Widerruflichkeit kraft elterlichem Dispositionsrechts sprechen. Eine Ausnahme von dieser Regel würde, wie sich von selbst versteht, seyn, wenn besondere statutarische Rechte und Landesgeseze die natürlichen Eigenschaf-

ten dieser Theilungen (naturalia hujus negotii) vorgeschrieben, und dabey verordnet hätten: daß sie im Zweifel für Verträge zu halten seyen. Denn ein teutsches allgemeines Gesez, oder ein allgemeines Gewohnheitsrecht läßt sich hier durchaus nicht nachweisen.

§. 9.

Wollte man sie aber gegen ihre Natur in Verträge, und im Zweifel in Schenkungen umschaffen, und wäre aus der gemachten elterlichen Theilung selbst nicht ersichtlich, ob z. B. die Güter bloß der Nuznießung, oder dem Eigenthum nach, den Kindern geschenkt und übergeben worden; so würde man dennoch die Schenkung zum Vortheil des Schenkers auslegen, und sie nur auf die Nuznießung beschränken müßen, zumalen, wenn die Eltern nichts anders geschenkt zu haben behaupteten [1]. Eben so wenig dürfte hier die Rechtsregel gelten: daß bey einem Rechtsgeschäft dasjenige, was öfters und gemeiniglich geschieht, anzunehmen sey, folglich die fraglichen Theilungen, wornach heut zu Tag das Vermögen der Eltern den Kindern meistens eigenthümlich und unwiderruflich tradirt werde, da, wo die Absicht des Gegentheils nicht deutlich erhelle, auch als solche zu betrachten seyen. — Denn erstlich ist das Faktum des mit der gewöhnlichen Uebergabe auch übertragenen unwiderruflichen Eigenthums unerwiesen und vielleicht unerweislich; doch hievon auch abgesehen, so

könnte der Umstand: daß häufig also getheilt werde: für vorkommende in dieser Rücksicht zweifelhafte Theilungen keine Norm seyn, weil jener Gebrauch als willkührlich und zufällig nicht eher zur nothwendigen Interpretation für andere Fälle dienen kann, bis sich durch lange Gewohnheit die rechtliche Meinung von der Unwiderruflichkeit solcher Vermögens-Theilungen erzeugt hat.

1) l. 99 ff. de V. O. Cons. Marp. C. 42. N. 22. 94... donatio hic potius mortis causa quam inter vivos praesumenda foret, atque ideo adhuc revocabilis fuisset, cum aliud non convenisset; sed nec dixerunt *parentes*, quod inter vivos donassent, ut ideo quod dictum, et expresse actum non est, nec nostrum sit dicere actum esse.

§. 10.

Hiezu kommt noch: daß, so verschieden und oft widersprechend die Meinungen und Autoritäten praktischer Rechtsgelehrten sonst sind, doch die meisten und vorzüglich die, welche verdientes Ansehen haben, in dieser Materie übereinstimmen. Ich führe hier nur, außer denen, die diesen Gegenstand eigentlich abgehandelt haben [1]), den Schilter [2]), Berger [3]), Wernher [4]) und das Marpurger Spruchkollegium [5]) an. Schilter, dieser große Kenner des teutschen Rechts, will von besondern Eigenschaften elterlicher Vermögens-Theilungen nach teutschen Sitten nichts wissen; er glaubt sogar, daß unsere Vorfahren sie mit dem

römischen Recht auch angenommen, und sich zu eigen gemacht haben. Davon aber kann ich mich nicht überzeugen; theils weil sie lange vor Einführung desselben vorkommen, theils weil der Teutsche hier eher dem natürlichen Recht folgte, wornach die Eltern in der Regel ihren Kindern befehlen, und zu ihrem Besten verordnen, aber mit ihnen nicht kontrahiren. Doch will ich damit nicht sagen, daß aus den Gewohnheiten der Teutschen sich für die Widerruflichkeit dieser Theilungen etwas zuverläßiges und rechtsbeständiges darthun lasse; sondern ich behaupte nur: daß, wenn besondere Landesgeseze und Statuten bey ihrer Errichtung nicht ein eigenes Merkmahl ihrer Widerruflich- oder Unwiderruflichkeit vorschreiben, diese Theilungen im Zweifel für Geseze und Anordnungen zu halten, und so zu erklären sind, daß sie Pflichten unter den Kindern begründen, ohne denselben Rechte gegen ihre Eltern zu geben, oder diese von ihrem Theilungsgesez für immer abhängig zu machen.

1) Ferd. Christ. *Harpprecht* Diss. de divis. bonor. inter liberos a parente adhuc in vivis facta. 1700. *Wildvogel* Diss. de divis. parentum inter liberos. 1710. *Schanz* Diss. de patre divid. inter liberos. 1764.

2) *Praxis* juris Rom. Exercit. 38. §. 122. 123. 124. Cujus divisionis effectus est, ut *mutabilis sit usque* ad *mortem*, est enim *divisio quasi mortis caussa*.

3) in Oecon. jur. L. 2. Tit. 4. not. 9.

4) in Select. Observ. T. I. P. I. Obs. 5.

5) Consil. *Marp.* C. 42. n. 81. Et ſi quidem verum ſit, ea quae initio ſunt voluntatis, ex post facto fieri necessitatis, illud tamen ad hanc paternam et maternam divisionem extendi non potest, cum per eam pater et mater ſe non *obligaverint*, neque quid promiserint liberis *inviolabiliter* vel *irrevocabiliter* ſervare, et aliud ſit *inter liberos dividere*, et aliud *cum liberis contrahere.* Liberi autem ipsi, inter quos a parentibus divisio facta est, omnino eorum voluntati ſtare tenentur, tum quia haec dispositio *illis lex est:* tum quod huic divisioni *consenserunt* et *ſubscripserunt.*

XX.

Ueber den Grund der Rechtskraft der Urtheile, mit Anwendung auf die Adhäsion der Appellation.

§. 1.

Die Erörterung dieser Materie wurde durch das Lesen einer der geistvollen praktischen Ausarbeitungen über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten [1]) veranlaßt. Ich war immer der Meinung, der ich noch bin: daß die Rechtskraft der Urtheile in dem gesezlichen und daher unabänderlichen Ausspruch des Richters über einen Rechtsstreit bestehe. Derselbe ist unabänderlich, so fern er ganz gesezlich ist; er ist ganz gesezlich, so fern die Entscheidung in dem Gesez und dessen Geist liegt. Die Staatsgesezgebung darf ihren Charakter der Allgemeinheit, auch bey dem Richter nicht verläugnen, und muß seinen Urtheilen Gesezlichkeit und Rechtskräftigkeit beylegen. Auf der andern Seite darf sie aber auch über den Richter im allgemeinen, den Richter in der Erscheinung, und dessen Trüglichkeit um so weniger vergessen, da die Erfahrung lehrt, wie oft die richterlichen Aussprüche dem wahren Sinn der Geseze zuwider sind, und das Recht der Partheien verlezen.

1) Harscher von Almendingen Metaphysik des Civilprozesses. I. B. n. VIII.

§. 2.

Der Staat mußte daher auf ein Mittel denken, wodurch solche richterliche Entscheidungen verbessert, und zum unabänderlichen Recht erhoben werden. Er glaubte dies in den Instanzen, oder der Aufstellung mehrerer einander untergeordneten Richter zu finden, welche in der vorgeschriebenen Stufenfolge allen denen Recht sprechen, die sich durch das Urtheil des Unterrichters in ihrem Recht für verlezt halten.

Denn da die streitenden Theile dadurch, daß sie ihren Zwist nicht selbst beylegen, sondern den Richter zu dessen Entscheidung auffordern, sich dieser freywillig unterwerfen; so müßte diese vom Augenblik ihrer Eröffnung an Rechtskraft und Unabänderlichkeit haben, wenn nicht höhere Instanzen vorhanden wären, bey denen sie ein besseres Recht, als ihnen das ausgesprochene scheint, nachsuchen können. Nur das Urtheil des Richters lezter Instanz gilt als das ganz gesezliche, und schließt daher jede weitere Einwendung der Parthien aus.

§. 3.

Ueberhaupt ist die Rechtswohlthat der Instanzen den Staatsbürgern mehr zur Beruhigung über ihr Recht, das ganz sicher gestellt seyn soll, als gerade wegen der wirklichen Rechtsverlezung durch unbillige Urtheile verliehen worden. Der Staat muß das Urtheil des ersten Richters für nicht

weniger rechtlich und wahr, als die Entscheidung des lezten halten [1]): denn sonst könnte er ihn gar nicht zum Richter ernennen, da die Bedingung seiner Aufstellung Wahrheit und Rechtlichkeit ist; weil aber sein Urtheil, ungeachtet der Gültigkeit im allgemeinen, doch rüksichtlich der Partheyen unbillig seyn kann; so erfordert die Garantie des Rechts, daß es durch die Prüfung von höheren Richtern der objektiven Wahrheit und Gerechtigkeit näher gebracht, und daß jeder einzelne Rechtsfall, wo möglich, so entschieden werde, wie das personificirte Gesez ihn entschieden haben würde.

Damit jedoch diese Wohlthat dem gemeinen Besten, das bey schleuniger, wenn auch manchmal unbilliger Justizpflege, weniger leidet, als bey dem nothwendig verzögerten Gang durch bessere Rechtsausgleichung in mehreren Instanzen, nicht nachtheilig, und für muthwillige Streiter kein Hülfsmittel der Chikane werde, war es unumgänglich nöthig, die Zahl der Instanzen nicht zu vervielfältigen, Appellationen bey unerheblichen Gegenständen nicht zuzulassen, und da, wo sie statt finden, ihren Gebrauch von Nothfristen (Fatalien) abhängig zu machen.

1) l. 1 ff. de appell. sagt Ulpian — — licet appellandi usus nonnunquam latas sententias in *pejus* reformet; neque enim utique *melius* pronunciat, qui novissimus sententiam laturus est.

§. 4.

Stellt gleich das römische Recht die aus Transaktionen, und aus der Rechtskraft der Urtheile entstehenden Verbindlichkeiten fast auf gleiche Linie; so wird doch die Rechtskraft, nicht wie bey jenen, durch Uebereinkunft, oder durch einen Vertrag der Partheyen begründet. Vielmehr beruht sie nach ausdrücklichen Gesezen auf dem ausgesprochenen Prinzip: daß eine richterliche Sentenz als Wahrheit gelte [1]), und daher nicht Anlaß eines neuen Rechtsstreits werden könne [2]). Es ist beynahe dasselbe, das ich (§. 1.) angab. Der Prätor war bey den Römern das Organ der bürgerlichen Justizgesezgebung, und die Partheyen, die ihren Rechtsstreit vor ihn brachten, erklärten eben dadurch, daß sie sich darüber nicht selbst vergleichen konnten, und ihn der richterlichen Entscheidung überlassen wollten.

1) l. 207 ff. de R. J. res judicata *pro veritate* accipitur. Deswegen erklärt auch die l. 25 ff. de stat. hom. einen Freygelassenen für frey gebohren, sobald ihn der Richter als solchen ausspricht.

2) l. 6. ff. de except. rei judic. sagt Paulus: Singulis controversiis singulas actiones unumque judicati finem sufficere placuit, ne aliter *modus litium multiplicatus* summam atque inexplicabilem faciat difficultatem. und in der l. 11. C. de reb. cred. heißt es: . . ne repetita lite, *finis negotii, alterius causae fiat exordium.*

§. 5.

Ich kann daher der vorgetragenen ersten Ansicht des von Almendingen [1]) nicht beypflichten, wornach er die Rechtskraft in den stillschweigenden Vertrag der Parthien sezt, und das aus dem Ablauf des Decendiums entstehende jus quaesitum des mit dem Urtheil zufriedenen Theils von diesem Vertrag ableitet [2]). Eben so wenig möchte ich seine Behauptung annehmen; das römische Recht sey von dem höheren Grundsaz ausgegangen: daß Verbindlichkeiten aus Vergleichen und aus der Rechtskraft auf demselben rechtlichen Grunde beruhen; nur daß Streitigkeiten im Wege des Transakts durch einen ausdrüklichen, im Wege der Rechtskraft und des unbenuzten Decendiums hingegen durch einen stillschweigenden Vertrag ausgeglichen werden [3]). Er scheint hier die stillschweigende Uebereinkunft der Partheyen, ihren Streit durch den Richter, an den sie sich wenden, beendigen zu lassen, mit ihrer stillschweigenden Einwilligung in die Rechtskraft des Urtheils zu verwechseln; denn sonst würde er den Römern keinen Grundsaz untergelegt haben, den sie nicht aufstellen konnten, ohne die Rechtskraft der richterlichen Sentenz, die sie nach den Gesezen durch sich selbst hat, von einem Vertrag der Partheyen abhängig zu machen.

1) in der N. VIII. enthaltenen Abh. seiner Metaphys. des Civilprocesses.

2) S. 163. 3) S. 164. 165.

§. 6.

In einer zweyten Ansicht wird noch eine andere mögliche Begründung der Rechtkraft angegeben, weil er die erste selbst in den Prämissen nur für halb wahr, in den daraus gezogenen Folgerungen aber für ganz falsch hält [1]). Er sezt dieselbe nicht einzig und allein in die Theorie der Willensäußerungen, und in die stillschweigende Vereinigung zwischen den streitenden Theilen, sondern in das Wechselverhältniß zwischen jedem streitenden Theil auf der einen, und den richterlichen Behörden auf der andern Seite. Er räumt ein: daß, ungeachtet der Gebrauch und Nichtgebrauch des Rechtsmittels der Appellation, jener als ausdrükliche, dieser als stillschweigende Willensäußerung zu betrachten sey, beyde Willensäußerungen sich doch bloß auf die richterlichen Behörden beziehen, und daß beyde nicht appellirende Theile sich dadurch, nur in Hinsicht des Staats und der vom Staat angeordneten richterlichen Behörden, ihrer hnen unter bestimmten Bedingungen verliehenen iBefugnisse begeben [2]).

„In beyden Ansichten, sagt er [3]), soll sich „die Natur der Sache aussprechen. Die zweyte „hält sich streng an den gegebenen Stoff und siegt „durch überwiegende Consequenz. Sie bedarf, um „von der Praxis anerkannt zu werden, keiner ge„sezlichen Sanktion. Sie wird vom Gesez still-

„schweigend gebilligt. Nur weil das Gesez aus„drüklich anders spricht, nur in so fern es anders „spricht, muß der Praktiker davon abgehen . . . „Dies Gesez ist kein anderes, als die bekannte ju„stinianeische Constitution [4])."

1) S. 169. 170.

2) S. 172.

3) S. 177.

4) l. 39. C. de appellat.

§. 7.

Ich trete dieser zweyten Ansicht ganz bey; und bin nach dem Inhalt dieser Verordnung auch überzeugt, daß vor derselben [1]) keine Gemeinschaft der Appellation existirte. Auch halte ich die ältere Gesezgebung, wornach dem andern Theil, wenn er nicht selbst appellirte, die Appellation seines Gegners nichts nüzte, für konsequenter, und dem römischen Rechtssystem angemessener; denn der Genuß jeder Rechtswohlthat sezt die Erklärung, sich ihrer bedienen zu wollen, voraus; und die daraus fließenden Vorrechte gelten in der Regel nur demjenigen, der die Wohlthat anspricht. Hingegen kann ich weder annehmen, daß Justinian durch Einführung der Appellationsgemeinschaft die Natur der Sache abgeändert, und nach der ersten Ansicht die Begründung der Rechtskraft durch den stillschweigenden Vertrag der Partheyen sanktionirt, noch daß er so inkonsequent

gehandelt habe, wie v. Almendingen dafür hält [2]).

1) ich möchte nicht sagen (S. 179. 180.) nach vorjustinianeischem Recht, da auch das Pandektenrecht und der erste durch den zweyten aufgehobene Codex Justinianeisches Recht ist.

§. 8.

Mir scheint das fragliche Gesez auf diese Art entstanden zu seyn: Nach einmal gehemmter Rechtskraft des Urtheils durch Appellation war die Frage sehr natürlich: ob hier nicht die Billigkeit von dem strengen Rechte abgehen, und dem Appellaten gleichfalls gestatten sollte, die Appellation für sich zu benüzen? Diese Frage wurde wohl auch durch Fälle veranlaßt, wo der mit dem richterlichen Spruch gleich unzufriedene Appellat aus Unentschlossenheit sein Appellationsrecht durch die äußerst kurze Fatalien verlohr [1]), oder wo derselbe einen oder den andern Punkt des Urtheils anders gewünscht, ihn aber für zu unwichtig gehalten haben mag, um davon eigens und fömlich zu appelliren, oder endlich, wenn die Unerheblichkeit des einzelnen Punkts gar keine eigene Appellation zuließ. In diesen Fällen mußte es hart scheinen, nachdem durch die Berufung der einen Parthey die Rechtskraft des Urtheils bereits gehemmt war, der andern nicht auch ihre Einwendungen oder Beschwerden über die schon angefochtene richterliche Sentenz vorbringen zu lassen. Ja selbst das den höheren

Instanzen zum Grund liegende Prinzip der möglich besten Rechtspflege, so wie Gleichheit der Partheyen in Ausführung ihrer Rechtszuständigkeiten [2]), schienen dafür zu sprechen. Konnte Justinian durch diese Gründe sich nicht bewogen finden, die strenge Konsequenz des ältern Rechts hier zu verlassen, und die Gemeinschaft der Appellation gegen die allgemeine Grundsäze durch eine singuläre Verordnung einzuführen?

1) Sie bestanden nur in zwey und drey Tagen vom Tage des Urtheils an gerechnet, je nachdem man selbst, oder durch einen Bevollmächtigten appellirte. l. 1. §. 5. 11. und 12. ff. quando appell.

2) l. 6. §. 1. l. 37. in fin. C. de appell.

§. 9.

Dem ganzen hier wörtlich folgenden Inhalt dieser Constitution

Ampliorem providentiam subjectis conferentes, quam forsitan ipsi vigilantes inveniunt, *antiquam observationem emendamus:* cum in appellationem auditoriis, is solus post sententiam judicis emendationem meruerit, qui ad provocationis *convolasset* auxilium, altera parte, quae hoc non fecisset, sententiam sequi (qualiscunque fuisset) compellenda. *Sancimus* itaque, si appellator semel in judicium venerit, et causas appellationis suae proposuerit, habere licentiam et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, si *praesto* fuerit, hoc facere.

et judiciale mereri praesidium. Sin autem *absens* fuerit, nihilominus judicem *per suum vigorem* ejus partes adimplere.

sieht man es an, daß sie wohl überdacht war, und daß Justinian dabey die Rechtsgleichheit der Partheyen, und die wegen der kurzen Fatalien nothwendige Beeilung der Appellation vor Augen hatte. Ob sie auch erschienen wäre, wenn schon damals seine spätere Constitution existirt hätte, worin er den Gebrauch dieses Rechtsmittels, statt des engen und verschiedenen Zeitraums von zwey und drey Tagen, auf zehen Tage (decendium) von Zeit des eröffneten Urtheils an erstrekte, läßt sich nicht sagen. Doch ist es wahrscheinlich, da dieses neue Gesez nur auf eine der beyden Hauptrüksichten seines früheren Gesezes gieng.

1) Nov. 23. c. 1.

§. 10.

In dem ganzen römischen Gesezbuch findet sich keine Spur von der Rechtskraft der Urtheile durch stillschweigende Uebereinkunft der Partheyen. Diese Rechtskraft konnte durch keinen Vertrag bewirkt werden, da die richterlichen Sentenzen schon durch sich selbst rechtskräftig waren, wenn die Partheyen nach der gesezlichen Erlaubniß nicht appellirten. Das römische Recht gestattet zwar jeder Parthey einzeln und für sich, die Urtheile durch Appellation anzufechten, und dadurch

ihre Rechtskraft zu hemmen; und in so fern hängt diese allerdings von dem Willen der Partheyen, oder davon ab, ob sie unter den vorgeschriebenen Bedingungen von der Rechtswohlthat der Appellation Gebrauch machen wollen. Allein hiebey kommt kein Consens oder Dissens [1]), keine wechselseitige Willenserklärung der Theile unter sich, kein Vertrag derselben, sondern bloß ihr einseitiger, dem Richter erklärter Wille, zu appelliren, in Betracht. Unterbleibt diese Erklärung, so geht das Urtheil nicht durch ihren, sondern durch des Gesezes Willen in Rechtskraft über. Dieser kann durch Privatverträge nicht abgeändert werden, und Justinian erlaubte den Partheyen nur, als Ausnahme von der Regel, in einem schriftlichen Vertrag der Appellation gültig zu entsagen [3]).

1) wie S. 181. behauptet wird.

2) Unrichtig heißt es S. 163.: „Lassen beyde Theile „beyde Wohlthaten (die Appellationsbefugniß und die zehentägige Bedenkfrist) unbenuzt, so haben beyde „wechselseitig den Inhalt des Urtheils angenommen. Beyde sind nun durch einen stillschweigend geschlossenen Vertrag gebunden. Kein Theil „kann jezt anders als vertragswidrig vom Inhalt des „Urtheils abgehen." — Beyde haben zwar stillschweigend, aber jeder für sich und einseitig gegen den Richter, nicht wechselseitig gegen einander das Urtheil anerkannt. Kein Theil kann jezt von dem Inhalt des Urtheils, das nach dem Gesez durch

sich selbst, nicht durch den Vertrag der Theile Rechtskraft hat, abgeben. Daher sezt auch der eine Theil dem andern, der dagegen handelt, nicht die exceptio pacti, sondern rei judicatae entgegen.

3) l. 38 ff. de pact. l. 27 ff. de R. J.

4) l. 5. §. 6. C. de temp. et repar. appell.

§. 11.

Die Gemeinschaft der Appellation ist für den andern Theil begründet, so bald der Appellant die Gründe seiner Berufung (die Beschwerdenschrift) vor Gericht gebracht hat, und die Appellationsprozesse erkannt sind. Nun steht es bey dem Appellaten, ob er von dem erworbenen gemeinschaftlichen Recht Gebrauch machen will. In diesem Fall muß er es ausdrüklich, oder stillschweigend durch An- und Ausführung seiner Beschwerden erklären, das heißt, der Appellation adhäriren. Diese Handlung der Adhäsion scheint mir weder überflüßig, noch ein Wortspiel zu seyn [1]; ausser man wollte die Gemeinschaft der Appellation als Recht, mit deren Gebrauch als Faktum für einerley halten. Ihre Wirkung hängt übrigens von der ursprünglich eingelegten Appellation ab, und ist auf diejenige Punkte der Sentenz, gegen welche diese gerichtet ist, beschränkt. Sie heißt im Gegensaz der Prinzipaladhäsion, welche innerhalb des Decendiums geschehen muß, die accessorische. Jene,

die als wahre und selbstständige Appellation an Fatalien und Formalien gebunden ist, heißt mit Unrecht Adhäsion, und ist eine unnöthige Erfindung der älteren Praktiker [2]). Doch gewährt sie den Nuzen: daß der Appellant alle Kosten der Einforderung (Requisition), der Inrotulation und Absendung der Akten an den höheren Richter allein tragen muß [3]).

1) wie S. 185. u. 188. gesagt wird.

2) Das kanonische Recht erwähnt beyder Adhäsionen in C. 4. X. de elect. in 6.

3) Danz Grundsäze des Prozesses S. 542. §. 414.

§. 12.

Zwar behaupten von Almendingen [1]) und der lichtvoll praktische von Gönner [2]: daß die Gemeinschaft der Appellation nur durch ausdrükliche Erklärung des Appellanten wirksam werde. Ich kann mich aber von dieser Meinung nicht überzeugen. Gönner will es damit beweisen, weil keinem Richter das Recht zukomme, ultra petita partium zu erkennen. Allein dieses ist kein Grund; denn hier wird die Adhäsion mit der rechtlichen Bitte des Appellaten um Abänderung des Urtheils verwechselt, vorausgesezt, daß leztere der ausdrüklichen Erklärung, sich der Rechtswohlthat der Appellationsgemeinschaft bedienen zu wollen, angehängt werden müße. Allein diese Vor-

aussezung ist nach der Natur der Sache und nach dem Gesez unrichtig. Denn beyde stehen in keinem Caussalzusammenhang; indem das petitum Folge der Ausführung der Beschwerden, und Adhäsion nur die Erklärung ist, daß man sich auch für beschwert halte, und daher das erworbene Recht gebrauche. Das Gesez selbst erfordert keine solche Erklärung, sondern verordnet blos: daß, so bald der Appellant seine Beschwerden vor Gericht gebracht habe, es dem Appellaten, wenn er gegenwärtig sey, frey stehe, dasselbe zu thun. Wäre er aber abwesend; so habe nichts desto weniger der Richter von Amtswegen ihn zu vertreten. Hiernach ist eine ausdrükliche Erklärung überflüßig. Ich glaube daher, daß die Glossatoren, von denen die Adhäsion herrührt, darunter mit dem Gesez bloß das Faktum der appellatischen Einwendungen gegen die Sentenz, folglich die stillschweigende Erklärung, die sie Adhäsion nannten, verstanden haben.

1) S. 167. 168.

2) in dem Handbuch des teutschen gemeinen Prozesses III B. N. XXXVIII. § 28. S. 151. 164. 107.

§. 13.

Hiezu kommt noch: daß Justinian in Abwesenheit des Appellaten den Richter verpflichtet, diesen von Amtswegen gegen die allenfallsige Nachtheile des ersten Urtheils in Schuz zu neh-

men, und sein Bestes zu besorgen. Wie läßt sich nun damit zusammenreimen, daß der anwesende Appellat die gesezliche Erlaubniß, seine Beschwerden nach erkannten Appellationsprozessen vorzubringen, nicht habe, wenn er nicht vorher einen ausdrüklichen Antrag auf Abänderung des Urtheils macht? Ist dies nicht eine gesezwidrige, ich will nicht sagen, ungereimte Behauptung? Gönner sucht der Möglichkeit dieses Einwurfs auf eine sonderbare Art zu entgehen. Er heißt nemlich das Verfahren des Appellaten nach dem Gesez, eine ausdrükliche Erklärung — Adhäsion —[1]) und sieht seine Vertretung durch den Richter für eine gesezliche Ausnahme auf den Fall seiner Abwesenheit an. Er trägt sogar kein Bedenken, um der Paradoxie einen neuen Schein der Wahrheit zu geben, die Pflicht des Richters in diesem Fall, in eine Erlaubniß zu verwandeln, und dadurch seiner Willkühr anheimzustellen [2]). Dies bedarf wohl keiner Widerlegung; nur will ich bemerken, daß die Prinzipaladhäsion allein durch ausdrükliche Erklärung oder Anzeige bey dem judex a quo, die accessorische aber bey dem höheren Richter, wie ich gezeigt habe, entweder ausdrüklich, oder stillschweigend geschieht. Der Appellat hat nicht nöthig, seiner Erklärung, der Appellation adhäriren zu wollen, die Bitte um Abänderung des Urtheils anzuhängen, weil der Richter ihm nicht,

wie dem Appellanten, die Appellationsprozesse, worauf er ein gesezliches Recht hat, abschlagen darf.

1) S. in dem angeführten N. XXXVIII. S. 167.

2) S. 168. §. 35. sagt er: „Nur bey einem abwesenden Appellaten macht das Gesez eine Ausnahme, und erlaubt dem Richter, daß er dessen Stelle vertrete."

§. 14.

Endlich noch ein Wort von der Zeit, wann die Gemeinschaft der Appellation eintritt. Die meisten praktischen Rechtsgelehrten erfordern mit dem von Almendingen [1]), neben den erkannten Appellationsprozessen, die dem Gegner insinuirte Vorladung. Gönner geht noch weiter, und will aus dem in der fraglichen Verordnung vorkommenden Wort judicium die Meinung rechtfertigen: daß der Appellat erst durch die Litiscontestation, oder Einreichung seiner Exceptionsschrift, das Recht auf die Appellationsgemeinschaft erlange; denn vorher existire noch kein Rechtsstreit (judicium); vorher habe der Appellat noch keine Handlung vorgenommen, woraus er ein Recht gegen den Appellanten ableiten könne. Meine Ansicht geht nach der Theorie dahin: daß die Gemeinschaft von dem Augenblik der erkannten Appellationsprozesse eintritt. Das Gesez giebt diese Zeit an, wenn es sagt: si appellator semel in judicium venerit, et caussas appellatio-

nis suae proposuerit. Es erfordert hiezu nichts weiter, als die dem Gericht vorgetragenen Gründe der Appellation. Ohne Zweifel konnte nach dem damaligen gerichtlichen Verfahren dieser Vortrag erst nach der für rechtlich begründet erkannten Appellation geschehen, indem sich sonst das Gesez anders ausgedrükt haben würde. Soviel ist gewiß: daß vor der richterlichen Erkenntniß über ihre Zuläßigkeit sich keine Gemeinschaft der Appellation denken läßt. Daher sind heut zu Tage, wo dies Erkenntniß gewöhnlich erst nach der dem Gericht vorgelegten Beschwerdeschrift erfolgt, die erkannten Prozesse der gesezliche Zeitpunkt des für den Appellaten eintretenden Rechts der Appellationsgemeinschaft. Da das Gesez das Recht gibt, und zu dessen Begründung keine andere Handlung fordert, als welche in der Natur der Sache, nemlich in der von dem höhern Richter zugelassenen Appellation liegt; so erhält der Appellat durch die Vorladung nichts weiter, als die Gewißheit von seinem durch die erkannte Appellation begründeten Recht.

§. 15.

Noch weniger bedarf es zu der Erwerbung dieses Rechts, der Gemeinschaft einer Handlung von Seiten des Appellaten. Diese ist nur zur Ausübung seines Rechts nöthig. Ich gebe zu, daß vor der Antwort desselben noch kein

Rechtsstreit in der Appellationsinstanz existirt, aber der Gebrauch des Rechts ist etwas anders als die Entstehung desselben. Auch läßt sich nicht annehmen: daß der im Gesez vorkommende Ausdruk judicium: nach römischem Recht einerley mit Rechtsstreit, mit judicium acceptum, oder mit res in judicium deducta war [1]). Wenigstens zeigen die Worte: si appellator semel in judicium venerit etc. gewiß nicht, daß auch schon der Appellat in judicio zugegen sey und handle. Vielmehr erhellet das Gegentheil aus dem Nachsaz: daß derselbe, wenn er auch Beschwerden vorbringen wolle, dazu (hoc facere [2]) die Erlaubniß habe, wenn er gegenwärtig (praesto) sey. Das leztere wenn bezieht sich offenbar nicht auf den Gebrauch seines Rechts, das im Fall seiner Abwesenheit der Richter für ihn ausüben soll; was aber nicht seyn könnte, wenn seine Gegenwart nothwendige Bedingung des Rechts wäre.

1) l. 1. C. de litis contest.

2) Man sehe die unnatürliche Erklärung dieser Worte S. 166.

§. 16.

Der Appellant kann zwar seine Appellation, wenn sie gleich richterlich anerkannt ist, aufgeben, und sie noch nachher deseriren; aber sein Verzicht auf die erkannten Prozesse, kann nicht, wie Gönner glaubt [1]), alles vorhergehende ungeschehen machen.

Der Appellant kann nur seinem Recht entsagen, dadurch aber dem Appellaten das früher erworbene Recht nicht entziehen. Dies ist so natürlich, daß bey unbefangener und reifer Erwägung des Gesezes, die entgegengesezte Behauptung kaum begreiflich wird. Demnach ist nicht zu der Gemeinschaft der Appellation, sondern nur zu ihrem Gebrauch, eine Erklärung des Appellaten erforderlich, wie dies auch schon Hoffmann [2]) gezeigt hat.

1) S. 163. 164.

2) God. Dan. *Hoffmann* de adhaesione et communione appell. Tub. 1769.

XXI.

Erklärung einiger bestrittener Gesezstellen über die Lehensfolge.

§. 1.

Die erste und wichtigste dieser Stellen ist II F. 50., und lautet also:

„Successionis feudi talis est natura, quod ascendentes non succedunt: v. g. pater filio: inferius vero filius patri succedit, et non filia, nisi ex pacto, vel nisi sit foemineum. Tunc enim succedit filia matri et patri: secundum quosdam succedit nepos ex filio solus: et sic usque in infinitum; ex latere omnes per masculos descendentes usque in infinitum, si feudum sit paternum. Paternum autem voco, quicunque ex superioribus id acquisivit: dummodo scias, quod, si quis habens beneficium, quatuor superstitibus filiis decedat, et feudum ad *unum solum* ex divisione deveniat: et ipse superstitibus filiis duobus vel tribus decedat, qui patrueles dicuntur, et ad *unum* eorum beneficium feudi ex divisione perveniat: et similiter ipse superstitibus filiis decedat, qui patrueles dicuntur: ad quorum *unum* feudum similiter pervenit: sicut etiam ex aliis superioribus vel primis fratribus supersunt masculi: si ille qui feudum habet, decesserit, nullo filio relicto: an ad *omnes*, vel *ad quos* perveniat, quaeritur? Respondeo ad *solos* et ad

omnes, qui ex illa linea sunt, ex qua iste fuit. Et hoc est, quod dicitur ad *proximiores* pertinere. Isti vero *proximiores* dicuntur respectu aliarum linearum: sed omnibus hac linea deficientibus, *omnes aliae lineae aequaliter* vocantur."

Der Feudist fängt darin mit Bestimmung der Personen überhaupt an, welche im Lehen succediren, und sagt: „Die Natur der Lehensfolge ist die, daß „Ascendenten nicht succediren: z. B. dem Sohn „nicht der Vater: wohl aber abwärts der Sohn „dem Vater, und die Tochter nicht anders, als „aus einem Vertrag, oder wenn das Lehen Weiberlehen ist. In diesen beyden Fällen succedirt „die Tochter der Mutter und dem Vater: nach „einigen succedirt bloß der Enkel vom Sohne (nicht „von der Tochter II F. 51. §. 3.) und sofort ins „Unendliche." — So weit von der Descendentenfolge. — Nun kommt er auf die Seitenlinie: „Von den Seitenverwandten succediren alle deren „Abkömmlinge von männlicher Seite bis ins Unendliche, wenn nemlich das Lehen ein väterliches „(altes) ist. Ein väterliches Lehen aber heißt ein „von den Vorderen (einem gemeinsamen Stammvater II F. 11.) erworbenes."

§. 2.

Er zeigt in dem von ihm angeführten Fall eines abgetheilten Lehens, wie die Linealfolge, oder die vorzügliche Succession einer Linie durch

den Theilungsvertrag oder durch Zuscheidung an Einen entstehe, und wie, nach Abgang dieser Linie, die gewöhnliche Successionsart wieder eintrete. — „Nur ist zu wissen nöthig: daß, wenn „ein Lehensmann 4 Söhne hinterläßt, und das „Lehen durch Theilung auf Einen derselben „kommt, dieser aber auch 2 oder 3 Söhne zurük„läßt, welche Bruderssöhne heißen, und einer der„selben das Lehen aus der Theilung erhält, wel„cher gleichfalls Söhne (Bruderskinder) nachläßt, „von denen Einer auf dieselbe Art Lehensbesizer „wird, während noch von den andern vorigen oder „ersten Brüdern männliche Nachkommen leben; „daß, wenn der wirkliche Lehensmann ohne Sohn „stirbt, die Frage entsteht: ob das Lehen an alle, „oder an welche es komme? Ich antworte: an „diejenige allein, und zwar an alle kommt es, „welche von der Linie sind, von welcher der Ver„storbene war. Und dies will der Ausdruk sagen; „es gehört den Nächsten:. Diese heißen aber „die Nächsten rüksichtlich der übrigen Linien. „Wenn aber alle aus dieser Linie absterben, dann „werden alle übrige Linien gleichheitlich zur „Succession gerufen." (Omnes aliae lineae aequaliter vocantur.)

§. 3.

Prüft man diese Gesezesstelle unbefangen und mit der gehörigen Aufmerksamkeit; so findet sich

darin durchaus kein aufgestelltes Prinzip der allgemeinen Lehensfolge, sondern sie enthält bloß folgende drey Säze: 1) benennt sie die Klassen von Personen, welche ein Successionsrecht, und welche es nicht haben; 2) wendet sie dieses Recht auf die besondere Lehenslinealfolge an, deren Entstehung und Dauer in dem eigens gesezten und umständlich entwikelten Fall der Lehenszuscheidung an Einen gezeigt wird; 3) sagt sie, daß, wenn diese Linealfolge mit Erlöschung der das Lehen vorzugsweise besizenden Linie aufhört, in Ansehung aller übrigen gleich lehensfolgfähigen Linien, wieder die allgemeine Lehenssuccession eintreten, und darnach von Einzelnen in das Lehen succedirt werden soll.

Dieser Text enthält keine Grundsäze der gemeinen Lehensfolge, wie sie II F. 11. unverkennbar ausgedrükt sind; und fast sollte man glauben, als wäre er hauptsächlich deshalb entworfen, zu zeigen: wann bey mehreren zur wirklichen Succession in ein ungetheiltes Lehen gleich berechtigten Söhnen die Linealfolge Eines derselben Plaz greife, und wann gegen die gemeine Lehenrechtssprache der Ausdruk proximiores nicht die nächsten Agnaten (II F. 3. §. 1. II F. 9. §. 1. II F. 11. 24. 37.), sondern diejenigen Personen bezeichne, welche zu der vorzugsweise succedirenden Linie gehören.

§. 4.

Es läßt sich nicht wohl annehmen, daß durch die Worte: ad *omnes*, qui ex illa linea sunt, ex qua iste fuit: die Theilung nach Stämmen in dieser Linie bezeichnet sey, und jeder in seinem Stamm seinen Antheil erhalten soll, die Stammväter mögen am Leben, oder vorher verstorben seyn, wo nemlich in jenem Fall der Antheil durch den Stammvater, in diesem durch das Repräsentationsrecht erworben würde.

Der Feudist sagt bestimmt: „Das Lehen kommt „auf diejenige allein und auf alle, welche von „der Linie sind, von welcher er war." Das Wort allein schließt die Konkurrenz der übrigen Linien in der Succession aus; das Wort alle zeigt: daß nicht bloß diejenigen, welche dem Verstorbenen in seiner Linie am nächsten sind, sondern, daß darin alle, wenn auch entferntere Verwandte, vor den näheren in den übrigen Linien succediren. Dadurch ist keineswegs die gleichzeitige Succession aller in dieser Linie vorhandenen Personen in ihrem Antheil bezeichnet. Uebrigens hätte das Wort alle auch ohne Veränderung des Sinnes wegbleiben können, und vermuthlich kam es nur in die Antwort, weil es in der Frage stund, ob nemlich das Lehen an alle, oder an welche es komme? So wenig aber der Feudist durch dieses Wort in der Frage eine gleichzeitige Lehensfolge

aller in den Haupt- und Speziallinien vorhandenen Personen verstanden, sondern mit dem Wort alle offenbar die Linien, und nicht einzelne Personen derselben bezeichnet hat; eben so wenig konnte er auch in der Antwort unter den allen, an welche das Lehen kommt, etwas anders verstehen, als daß es an alle, welche von dieser Linie sind, d. i. an die ganze Linie komme.

§. 5.

Nun aber succedirt nie eine ganze Linie zugleich, folglich bezieht sich hier das Wort alle, wie das Wort allein, unstreitig auf die übrigen noch vorhandenen Linien, nicht auf einzelne wirklich succedirende Personen. Es ist hier bloß von dem näheren oder entfernteren Successionsrecht, keineswegs aber von der wirklichen Succession und der Ordnung die Rede, in welcher einzelne Personen succediren. Deswegen fährt der Feudist unmittelbar darauf fort: „Und dies „will der Ausdruk sagen, das Lehen gehört den „Nächsten. Diese heißen aber die Nächsten „rüksichtlich der übrigen Linien."

Die Worte allein, alle, nächste, beziehen sich sämmtlich auf die übrigen Linien, und besagen so viel: Die Linie, von welcher der Verstorbene war, succedirt allein; sie succedirt ganz (nicht etwa bloß die nächsten dem Grad nach, sondern alle Verwandten succediren darin vor den übri-

gen Linien); sie succedirt als die zulezt abgetheilte Hauptlinie.

Endlich heißt es: „Wenn alle in dieser Haupt„linie aussterben (wenn die ganze Linie aus„stirbt); so werden alle übrigen Linien mit vol„ler Gleichheit (aequaliter) zur Succession ge„rufen." Sie haben nun alle ein gleich wirksames Successionsrecht; keine Linie als solche succedirt vor der andern, keine steht der andern in der Succession nach, keine ist näher (proximior) keine vorzüglicher als die andere.

§. 6.

Weit entfernt von der Absicht, ein Prinzip der Lehensfolge hier festzusezen, wollte vielmehr der Feudist, bey dem umständlich vorgetragenen Fall der Ueberlassung des Lehens an Einen von den zum Mitbesiz gleichberechtigten Verwandten, anschaulich darthun: daß hier nicht die allgemeine Regel, nemlich Nähe des Grades, sondern einzig und allein der Umstand, über die wirkliche Lehensfolge entscheide, zur Linie dessen zu gehören, der das Lehen in dem Theilungsvertrag erhielt. Vor dieser Theilung oder Zuscheidung waren sämmtliche Söhne als Brüder ihrem Vater gleich nahe; sie und ihre Descendenten oder ihre Linien mußten also zugleich succediren. Als sie aber aus dieser Lehensgemeinschaft getreten, und dahin übereingekommen waren: daß nur Einer von

ihnen mit seiner Descendenz succediren solle; so hatte ihr gleichzeitiges und gemeinschaftliches, aus dem gleich nahen Verwandtschaftsgrad entspringendes Successionsrecht, sein Daseyn verloren.

§. 7.

Hier spricht der Feudist von der Lehensfolge als einer Ausnahme von dem gewöhnlichen Successionsprinzip der in der ersten Belehnung begriffenen Agnaten nach der Nähe des Grades. Durch den der abgetheilten Linie beygelegten Vorzug in der Lehensfolge tritt schlechterdings kein neues Prinzip an die Stelle des alten. Daher mußte auch mit Erlöschung dieser Linie das vorzügliche Successionsrecht verschwinden, und unter den übrigen Linien Gleichheit eintreten. Aber deswegen succediren diese weder alle zugleich, noch zu gleichen Antheilen, oder nach Stämmen. Dies könnte — was wohl zu bemerken ist — nur dann geschehen, wenn noch unter ihnen eine gemeinschaftliche und ungetheilte Lehensfolge bestünde; allein sie haben derselben dadurch entsagt, daß sie den Lehensbesitz theilten, und das Lehen mit ihrem Linienrecht Einem von ihnen, und dessen Linie vorzugsweise zuschieden. Nachdem nun mit Erlöschung derselben auch die Linealfolge aufgehört hat; so kann leztere erst dadurch wieder entstehen, wenn von allen übrigen

Linien, die auf das dem Besiz nach nicht mehr gemeinschaftliche Lehen zwar ein gleiches, aber kein gleichzeitiges Successionsrecht — wie vorher in dem gemeinschaftlichen — haben, derjenige mit seiner Descendenz succedirt, den jezt die Lehensgeseze zur Nachfolge rufen, was der nächste Agnat des lezten Besizers ist.

§. 8.

Die Entscheidung des Feudisten ist die:

1) Jede Linie oder alle Descendenten dessen, dem das Lehen zugetheilt wurde, hat ein näheres und Vorzugsrecht in der Succession vor den übrigen Linien und der Descendenz derjenigen, die den Besiz des Lehens nicht auf gleiche Weise erhielten.

2) Bey Abgang der mit Vorzugsrecht oder Linealfolge begabten Linie (proximiorum in succesione) ist keine der übrigen Linien näher oder entfernter, sondern alle sind zur Succession gleich berechtiget. Hier ist immer nur von Successionsrecht, nicht von Successionsordnung die Rede. Diese blieb unberührt und unverändert. Folglich succedirt nach unserm Text bey der Lehens-Linealfolge jeder Descendent entweder unmittelbar seinem Ascendenten, oder mittelbar durch Repräsentationsrecht, und in Ermanglung von Descendenten succedirt jeder Seitenverwandte dieser Linie nach der Nähe des Gra-

des, mit Ausschluß jedes selbst näheren Collateralen in den übrigen Linien. Diese, wenn sie zur Lehensfolge gelangen, haben unter sich keinen Vorzug mehr in der Succession, und bloß die Nähe des Grades entscheidet dann, wer von allen darin befindlichen Personen Lehensbesizer seyn soll.

Durch die Ueberlassung des Lehens an Einen hört der gemeinschaftliche und gleichzeitige Besiz desselben auf; und ungeachtet des Abgangs der Linie, welche das Lehen allein vorzugsweise besessen hatte, dauert der von der Famllie angenommene Grundsaz: daß nur Einer Lehensbesizer seyn soll, immer noch fort. So wie aber nach dem vorliegenden Text die Bestimmung des Lehenfolgers durch Uebereinkunft der Familie geschehen war; so ernennt jezt das Lehengesez oder das gemeine Lehenrecht den nächsten Agnaten des Verstorbenen und seine Descendenz zum Nachfolger.

§. 9.

Es ist kein Grund denkbar, warum in das Lehen, welches in der erloschenen Linie nur einen Besizer hatte, wenn es an die übrigen Linien fällt, von allen darin vorhandenen Seitenverwandten zugleich succedirt werden soll. Auch wäre es gegen allen lateinischen Sprachgebrauch: die Worte: omnes aliae lineae aequaliter vocantur: mit den Worten simul succedunt für synonym zu halten, zumalen hier, wo das Wort aequaliter im

Gegensaz der ausgestorbenen Linie, die ein vorzügliches Successionsrecht hatte, gebraucht wird. Hingegen ist es dem Sprachgebrauch ganz angemessen, zu sagen: die Linie succedirt. (linea vocatur ad successionem) Dies heißt aber nichts anders, als das Successionsrecht der Linie tritt ein, einer aus derselben sucedirt. Omnes lineae aequaliter vocantur heißt: das Successionsrecht aller Linien tritt unter ihnen gleich ein, oder einer succedirt aus allen diesen mit gleichem Recht berufenen Linien, und das Gesez entscheidet nach der Nähe des Grades der Verwandschaft mit dem zulezt Verstorbenen, wer der Eine ist, der das Lehen erhält.

§. 10.

Auf diesen Vorzug des Grads weist auch der Text II. F. 37. [1]) besonders hin.

Dies ist die zweite, wiewohl weniger bestrittene Stelle. Sie sagt sehr bestimmt, daß, da in dem angeführten Fall die Felonie nicht gegen den Lehensherrn begangen sey, das Lehen nicht heimfalle, sondern, wenn es ein altes Lehen sey, auf den nächsten Agnaten komme: mit dem Beysaz, eodem prorsus observando quantum ad *ordinem gradus*, qui continetur in legibus: d. h. mit völliger Beobachtung derjenigen Ordnung in Ansehung des Grades (der Gradesnähe), welche in den Gesezen enthalten ist.

Für Alle diejenige, welche behaupten, daß der Feudist in II F. 50. den Linealvorzug als Prinzip der Lehensfolge aufgestellt habe, und daß die zur Succession gerufene Linien zugleich succediren, ist der Text II. F. 37. ganz überflüßig. Wer aber mit mir aus den angeführten Gründen annimmt, daß diese Linien bey der wirklichen Succession nur in so fern gleich konkurriren, daß aus allen darin befindlichen Agnaten der nächste im Grad das Lehen erhält, der muß geneigt seyn, bey der Frage, wie es bey den Verwandtschaftsgraden im Lehenrecht gehalten werde? den Text II. F. 37. zu Hülfe zu nehmen, um sie daraus zu beantworten.

1) Si quis interfecerit fratrem domini sui, non ideo beneficium amittit: sed si fratrem suum interfecerit ad hoc, ut totam hereditatem habeat, vel aliam feloniam commiserit — — privabitur beneficio: quia tamen erga dominum non fuerit facta, ad *adgnatum proximiorem* feudum pertinebit, si paternum fuerit: eodem prorsus observando quantum ad ordinem gradus, qui continetur in legibus. Cf. quoque II. F. 26. §. 2. in fin.

§. 11.

So lange die abgegangene Linie mit Linealvorzug bestund, wurden allein die Agnaten dieser Linie gerufen, und nur die Nähe des Grades bestimmte unter den Seitenverwandten den Lehensfolger; nun aber wird der nächste Agnat

nicht mehr aus einer Linie genommen, sondern aus allen übrigen, die hierin ein ganz gleiches Konkurrenzrecht zur Succession haben. So wenig es jedoch im ersten Fall ein Widerspruch war, daß alle Agnaten, mit Ausnahme des nächsten, nichts vom Lehen bekamen, eben so wenig kann es im zweyten ein Widerspruch seyn, daß diejenigen Linien, welche den nächsten Agnaten nicht in sich haben, auch nichts vom Lehen erhalten. Vielmehr wäre es widersprechend, nach dem einmal aufgestellten Prinzip: das Lehen nicht mehr gemeinschaftlich zu haben, sondern nur von Einem besizen zu lassen, dasselbe Prizip bey Erlöschung der Vorzugslinie wieder aufzugeben, und allen Linien zugleich nach Stammesantheilen die wirkliche Lehensfolge einzuräumen. Daß übrigens die Textesworte: eodem prorsus observando, quantum ad ordinem gradus, qui continetur in legibus: nicht bloß gesezliche Ordnung, sondern Gradesnähe bezeichnen, darüber läßt das Wort gradus, und der Zusammenhang mit den vorhergehenden Worten, keinen gegründeten Zweifel zu.

§. 12.

Der Feudist sprach hier ganz allgemein, und es war natürlich und zwekmäßig, den fraglichen Text, der von der Succession eines Collateralen spricht, mit der Regel zu schließen: daß man bey der Frage, wer der nächste unter den Agnaten sey?

der Ordnung folgen soll, welche die Geseze wegen der Grade derselben enthalten. Ganz überflüßig scheint es, zu untersuchen, ob unter dem Wort legibus die römische, oder Longobardische Lehensgeseze zu verstehen seyen? indem leztere die Gradualfolge bey Seitenverwandten mit ersteren gemein haben. Denn ob gleich durch dieses Wort nicht selten das Römische Recht, welches auch in Lehenssachen großes Gewicht hatte [1]), bezeichnet wurde; so sind auf der andern Seite wieder Texte vorhanden, worin unstreitig die Lehensgeseze darunter verstanden sind. [2])

1) II. F. 1.

2) z. B. I. F. 1. §. 3. II. 1. 16. 20.

§. 13.

Demnach ist in dem so sehr bestrittenen Lehenstext II. F. 50. durchaus kein Prinzip einer gemeinschaftlichen Lehensfolge-Ordnung, sondern nur eine paktirte Linealfolge zu finden, welche durch die Uebereinkunft mehrerer Brüder entstand, die das ihnen erblich angefallene Lehen nicht in Gemeinschaft besizen, noch unter sich theilen oder zerstükeln wollten, und daher sich entschlossen, es Einem aus ihnen ungetheilt zu überlassen. Dies war das einzige Auskunftsmittel, wodurch das Lehen an Einen ungetheilt gelangen konnte, ohne dem Lehensgesez, und dem gleichen Successionsrecht der Söhne, zuwider zu

handeln. Nach jenem [1]) konnte der Vater unsers Texts weder durch Testament, noch durch irgend eine Disposition seinen 4 Söhnen ihre gleichzeitige Succession in das Lehen entziehen, oder verkürzen; nach diesem konnte keiner derselben ohne die Einwilligung der übrigen sich ein Vorrecht des Lehnbesizes anmaßen, und wenn er es auch durch Vertrag von denselben erwarb; so mußte doch, wenn er und seine Descendenz oder Linie erlosch, das Lehen kraft ihres Successionsrechts einst wieder an sie in der lehensgesezlichen Erbfolgeordnung zurükfallen. [2])

Doch bleibt es bey dem von dem Feudisten hier vorgetragenen Fall noch zweifelhaft, warum er diesen Theilungsvertrag, oder brüderlichen Lehensvergleich, von den Söhnen dreyer Generationen nacheinander hat abschließen, und, als der das Lehen besizende Bruder ohne männliche Nachkommen starb, erst die Frage hat eintreten lassen, an welche Personen dieses Lehen nun komme? Ich versuche diesen bisher nicht aufgeworfenen, oder doch nicht gehobenen Zweifel zu lösen.

1) I F. 1. §. 1. in fin. Quod hodie ita stabilitum est, ut feudum ad omnes filios *aequaliter* veniat.

2) I F. 8. Si quis decesserit filiis superstitibus, succedunt filii *aequaliter* vel nepotes ex filio loco sui patris: *nulla ordinatione defuncti in feudo manente vel valente.*

§. 14.

Die Uebereinkunft mußte meines Erachtens dreymal getroffen werden, wenn der dabey intendirte Zwek: daß nur Einer das Lehen ungetheilt besize, ganz erreicht werden sollte. Wäre nemlich die Lehenzuscheidung nur einmal von den ersten 4 Söhnen und Brüdern geschehen, und der Bruder, der das Lehen erhielt, hätte auch Söhne nachgelassen; so wären diese, da er ihnen ihr gleichzeitiges Successionsrecht kraft Gesezes nicht nehmen konnte, zugleich succedirt, und hätten das Lehen wieder gemeinschaftlich besessen; wäre er aber unbeerbt gestorben, so hätte das Lehen an seine Brüder oder Bruderskinder zur Gemeinschaft oder Theilung zurückfallen müssen. Wiederholten die Brüder der zweyten Generation denselben Theilungsvertrag, und der Lehensbesizer starb ohne Söhne; so konnte auch jezt die Succession noch nicht zur Streitfrage kommen, da dessen Brüder oder Brudersöhne, weil sie zu derselben Linie, wie ihr verstorbener Bruder gehörten, die entfernten Verwandten der ersten Linie offenbar ausschloßen. Erst nach dem unbeerbten Abgang des Lehensbesizers durch den dritten Theilungsvertrag, wurde der Successionsfall verwikelter, und verdiente nicht sowohl, wegen der in der lezten Hauptlinie vorhandenen Collateralen, als hauptsächlich wegen der Lehensfolge der in den

beyden ersteren Linien allenfalls noch vorhandenen männlichen Erben, eine klare und bestimmte Entscheidung.

§. 15.

Nicht bloß an die Brüder, welche durch diese lezte Uebereinkunft Einem von ihnen das Lehen zugetheilt hatten, fiel nach dessen unbeerbten Tod dasselbe zurück, sondern an alle in derselben Linie mit dem Verstorbenen befindliche Collateralen, so daß der überlebende Bruder als gleich nahe, und die Söhne des früher verstorbenen Bruders, statt ihres Vaters, mit ihrem Onkel zugleich succedirten. Giengen aber alle Lehensfähige Agnaten in dieser Linie ab; dann trat die Succession der übrigen Linien, die sich hierin ganz gleich waren, ein; (omnes aliae lineae aequaliter vocantur) und der, welcher unter den darin lebenden Männern mit dem zulezt verstorbenen Lehensbesizer am nächsten verwandt war, überkam nach den Gesezen das Lehen.

Offenbar gieng die Absicht des Feudisten in Nahmhaftmachung der Theilungsverträge dahin: das Mittel zu zeigen, wie ein mehreren Söhnen angefallenes Lehen, Einem derselben und seiner Descendenz, unbeschadet der Lehensgeseze, ganz zu Theil werden könne. Die Ursache aber, warum er, durch eine dreymal nacheinander wiederholte Uebereinkunft der Brüder, das Lehen zu einem Linealeigenthum machte, lag ohne Zweifel

darin, weil erst nach dem Abgang der dritten, kraft des lezten Theilvertrags, das Lehen besizeuden Linie, Zweifel oder Streit darüber entstehen konnte, ob in diesem Fall die zweite Linie, wie die erloschene dritte, ausschliessend, und erst nach deren Abgang die erste succediren, oder ob beyde Linien ohne Vorzug und mit gleichem Recht (aequaliter) zur Succession gelangen sollten?

§. 16.

Der Feudist entschied hier für die gleiche Succession beyder Linien, und wie mich dünkt, aus dem natürlichen und triftigen Grunde, weil die zweyte und erste Linie durch den eingegangenen Vertrag ihr Linienrecht aufgegeben hatten, folglich keine gegen die andere dasselbe bey eintretender Succession noch geltend zu machen befugt war. — Man wende nicht ein, daß auch die dritte Linie sich in demselben Fall befinde. —

Bey dieser war die Lehenssuccession nicht, wie dort, schon in eine andere Linie übergegangen, sondern wegen des ohne Söhne verstorbenen lezten Theilbruders in derselben Linie geblieben. Das Lehen konnte also auch nur an die Agnaten dieser Linie vererbt werden, und erst nach deren Abgang den übrigen Linien, aber nicht nach Linienrecht, sondern ganz gleich im Weg der gemeinrechtlichen Erbfolge anfallen.

Dies ist meine vollständige Ansicht über diesen

Lehentext, worüber sich schon mancher, und auch ich eine Zeit lang den Kopf mir zerbrach, der mir aber izt klar ist. Der darin vorkommende Linealismus ist allerdings konventionell, nur möchte ihn nicht höchst sonderbar [1]) nennen; er scheint mir vielmehr ein ganz natürliches Auskunfsmittel gegen die gleiche und gemeinschaftliche Lehensfolge mehrerer Söhne zu seyn, die Einem von ihnen den Alleinbesiz des ungetheilten Lehens einräumen wollten.

1) Joh. Christ. von Maier in der vierten Fortsezung des schönen Werks: Teutsche Erbfolge in Lehen- und Stammgütern S. 118.

§. 17.

Ich kann dem D. von Maier [1]) nicht beypflichten, wenn er sagt: „Daß aber das (durch „Uebereinkunft zugetheilte) Lehen an die aus dieser „Linie durch die Söhne und Brüder abstammenden Nachkommen nicht anders, als nach den „Stämmen wieder zurükfallen muß, versteht „sich doch wohl von selbst: indem ja das Lehen „nach ihres Vaters Tod allen mit Einschluß ih„res Bruders aequaliter erblich zugefallen, und „damit es ausschließlich an A käme, jeder der drey „übrigen, gleichmäßig mit Vorbehalt des Rük„falls von Lehen provisorisch abgestanden war.“

Gerade durch die von den 4 Söhnen und Brüdern getroffene Uebereinkunft und Zuscheidung

des Lehens an Einen von ihnen, haben sie ihrem gemeinschaftlichen Besiz des Lehens entsagt, und das ihnen insgesamt zugestandene Linienrecht auf Einen allein übertragen. Zwar sind sie von dem Besiz des Lehens nur provisorisch und mit Vorbehalt des Rükfalls abgestanden; aber daraus scheint mir weder zu folgen, noch sich von selbst zu verstehen, daß dieser Rückfall nach den Stämmen geschehen müsse. Der vernünftige Zwek, den sie bey ihrem Vertrag intendirten, das Lehen weder in Gemeinschaft, noch getheilt zu besizen, sondern ungetheilt an Einen zum Besiz für sich und dessen Descendenz, unbeschadet des Rükfalls, das heißt ihres Successionsrechts, abzutreten, wäre gar nicht oder nur zur Hälfte erreicht worden, wenn das Lehengut an sie oder ihre Nachkommen wieder nach Stämmen zurükfiele. Es wäre auch wahrhaft sonderbar, anzunehmen, daß die paciscirenden Brüder ihr gemeinschaftliches Stamm- und Linienrecht an einen Bruder sollten cedirt, und es sich doch vorbehalten haben. Sie hätten durch den Vertrag dem gemeinschaftlichen Lehensbesiz entgehen, das Lehenrechtliche Prinzip desselben verlassen, und nach einiger Zeit wieder in das alte Verhältniß zurüktreten wollen. Vielmehr scheint mir in dem Theilungsvertrag unverkennbar zu liegen, daß sie von dem lehenrechtlichen Grundsaz abgiengen, und ihre gemeinschaftliche und mehrfache

Stamm- und Linealfolge in eine einfache verwandelten.

1) im angef. Buch S. 114.

§. 18.

v. Majer sagt selbst [1]: „Jede dieser Klassen „von Brüdern mit deren Nachkommen, mithin jede „dieser 3 Klassen von Linien hatte das Recht, daß „bey Erlöschung der von ihr ans Lehen gekomme- „nen Linie als C. B und A das Lehen wieder an „sie in die gemeinschaftliche Erbfolge und zum „Wiedererwerb entweder zur Gemeinschaft oder „Theilung zurükfallen solle." Wenn dies der Fall ist; so hätte ja der Feudist falsch entschieden; denn nach dieser Theorie hätten bey Abgang der lezten Linie, oder mit Herrn von Majer zu sprechen, bey Abgang der Klasse von Brüdern mit deren Nachkommen von der Linie C, nicht die beyden Linien oder Klassen von Verwandten B und A. aequaliter succediren können, sondern die Klasse B hätte vor der Klasse A succediren müssen, und an die Klasse A wäre die Succession erst dann gekommen, wenn kein Lehensfähiger Nachkomme in der Klasse B mehr existirt hätte. Und doch hat der Feudist alle andere Linien, nach Erlöschung der lezten das Lehen besizenden Linie, aequaliter zur Succession gerufen. Diesen Widerspruch, der zufolge jener Theorie, bey der Voraussezung der wieder eintretenden Stamm- oder Linealfolge nach

dem Lehensrükfall in der Entscheidung des Feudisten läge, wüßte ich wenigstens nicht zu heben. Dagegen ist nach meiner obigen Erklärung dieses Texts die Entscheidung des Feudisten richtig und konsequent.

Derselbe — man kann es nicht genug wiederholen — wollte durchaus keine allgemeine Regel der Lehenssuccession aufstellen, sondern vielmehr die darüber I F. 8. und II F. 11. schon vorhandene Geseze noch dadurch bestätigen: daß er an einem genau und umständlich zergliederten Beyspiele zeigte, wie die gemeinrechtliche gleiche Lehensfolge der Söhne eines Lehenmanns durch Theilungsverträge modificirt, und wie deren gemeinschaftliches Linienrecht durch Uebereinkunft zu der Lehensfolge und dem Linienrecht eines Einzigen erhoben werde. Uebrigens ist seine Entscheidung über die wirkliche Succession der mehreren dazu berechtigten Linien, ganz auf die gemeinrechtliche Prinzipien der Lehensfolge gegründet.

1) S. 117.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Batz, August Friedrich,

Abhandlungen über verschiedene Gegenstände des natürlichen und positiven Rechts

Tübingen 1816

Jur.opp. 5 m
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10571190-0